Zum Problem der Gefälligkeitsleistungen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwig-Universität zu Freiburg

vorgelegt von

Gerd Terwiel

Berlin

1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent:
Dr. Claudius Freiherr von Schwerin

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 9

I. Kap. Das Wesen der Gefälligkeit. 11

§ 2. Die Gefälligkeit als Motiv 11

§ 3. Die Bedeutung des Motivs 12

§ 4. Die Entgeltlichkeit der Leistung 16

§ 5. Die Abgrenzung zu ähnlichen Leistungen 19

II. Kap. Die bisherige Behandlung der Gefälligkeitsverträge in Literatur und Rechtsprechung. 21

§ 6. Die Stellung des Schrifttums 21

§ 7. Die Behandlung der Gefälligkeiten in der Praxis 26

III. Kap. Abgrenzung der Gefälligkeitsleistungen zu den Gefälligkeitsverträgen. 33

§ 8. Die Möglichkeit entgeltlicher Gefälligkeitsverträge 33

§ 9. Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf die entgeltlichen Verträge 35

§ 10. Abgrenzung zum negotium mixtum . . . 36

§ 11. Vertragsarten, die Gefälligkeitsverträge sein können 37

§ 12. Die Abgrenzung der Gefälligkeitsverträge von den rein tatsächlichen Leistungen . . 41

§ 13. Die Grenzen des Vertrages 48

IV. Kap. Die Haftung. 54

§ 14. Die Haftung bei Gefälligkeitsverträgen . . 54

§ 15. Die Gefährdungshaftung 56

§ 16. Der vertragliche Ausschluß der Gefährdungshaftung 58

§ 17. Der Enthaftungsvertrag bei Verschulden 63

§ 18. Das Handeln auf eigene Gefahr 71

§ 19. Der Umfang des Haftungsausschlusses . . 74

§ 20. Die Bedeutung des Anschlags: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr“ . . 78

§ 21. Das mitwirkende Verschulden 81

Literaturnachweis.

Alexander: RdK. 28, 308.
Arndt: Rechtsprobleme der Kraftfahrzeuggefälligkeitsfahrt. JW. 29, 898.
Arndt: RdK. 28, 371 u. 26, 117.
Arndt: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr." RdK. 30, 418.
Balzereit: Gefälligkeitsverträge. Diss. Marburg 1929.
Becker: Gefälligkeitsfahrten im Kraftfahrzeug. 2. Aufl. 32.
Behrend: Haftung für Gefälligkeitshandlungen. Recht. 19, Sp. 291.
v. Blume: Das RG. und die Gefälligkeitsverträge. Recht. 08, Sp. 648 ff.
v. Blume: Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Recht. 05, Sp. 481 ff.
Böckel: Gefälligkeitsvertrag. Handwörterb. der Rechtswissensch. Herausgegeb. von Stier-Somlo u. Alex Elster. 1927.
Danz: Laienverstand und Rechtsprechung. Ih. Jahrb. 38, 476.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1911.
Danz: Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung. DIZ. 05, 383 ff.
Eck: Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzbuchs. Herausgegeb. von Leonhard. 1903.
Eger: RdK. 28, 371 ff.
Endemann: Lehrbuch des bürg. Rechts.
Eneccerus: Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. 1. 1931.
Enecc.-Lehmann: Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. II. 1930.
Flad: Handeln auf eigene Gefahr. Recht. 19, Sp. 13 ff.
Geigel: Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. Seuff. Bl. 77, 37.
Grünbaum: RdK. 28, 267.
Gulde: RdK. 28, 371.
Hartmann: Die Obligation. 1875.
Hartmann: Der Zivilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung. Arch. f. ziv. Prax. 73, S. 372 ff.
Hartmann: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr und eigenes Risiko." RdK. 27, 44.
Heck: Schuldrecht 1930.
Hegener: RdK. 28, 371.
Hinrichs: Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im tägl. Leben von rechtl. Bedeutung? Diss. Göttingen. 1923.
Hoeniger: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Bd. I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.
v. Hippel: Das Verbrechen. 1930.
v. Ihering: Der Zweck im Recht.
v. Ihering: Der Besitzwille. 1889.
v. Ihering: Der Geist des römischen Rechts. 5. Aufl. 1907.
Isaac-Sieburg: Kommentar zum Automobilgesetz. 1931.
Josef: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW. 28, 2313.

Klein: Zur Lehre von der Anzeigepflicht im Schuldrecht. Seuff. Bl. 74, 26.
Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes. 1903.
Klünder: Die rechtl. Natur der Gefälligkeitsleistungen. Diss. Göttingen. 1932.
Koch: Die Gefälligkeitsfahrt in der neueren Rechtsprechung des RG. und der OLG.
Kohler: Lehrbuch des bürg. Rechts. 1906.
Kohler: Das Obligationsinteresse. Arch. f. bürg. Recht. 12, 23.
Krückmann: Gefälligkeitsverträge. Seuff. Bl. 74, 113.
Krückmann: Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Jh. Jahrb. 52, 428.
Krückmann: Die Gefälligkeitsfahrt. JW. 32, 3688.
Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des RG. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. Der Leihvertrag (Leihe auf beliebigen Widerruf, Bittleihe). JW. 04, 226.
Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des RG. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. — Der Auftrag. JW. 08, 701.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
v. Lippmann: Zur Abänderung des § 833 BGB. Seuff. Bl. 72, 1019.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des bürgerl. Gesetzbuches. 1898.
Lukas: Ueber die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge. Diss. Königsberg. 1920.
Martel: Der sog. Gefälligkeitsvertrag in der Rechtsprechung. Diss. Köln. 1933.
Meyer: RdK. 28, 371.
Mezger: Strafrecht. 1933.
Michel: RdK. 28, 371.
Müller: Automobilgesetz. 1931.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch. f. ziv. Prax. 106, 309.
Oertmann: Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1929.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1914, 28.
Proskauer: RdK. 30, 419.
Rathey: Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Diss. Breslau. 1916.
Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB. 1914 u. 1934.
Schmidt: RdK. 28, 388.
Schneider: Der 65. Band der Entsch. des RG. in Zivilsachen. DJZ. 08, Sp. 217.
Schwarz: Die Haftpflicht des Stallwirts für die Beschädigung der eingestellten Tiere infolge Mangelhaftigkeit des Stalles. Seuff. Bl. 72, 62.
Siber: Schuldrecht. 1931.
Skalka: Das negotium mixtum im gem. Recht und im BGB. Diss. Göttingen. 1907.
Soergel: Kommentar zum BGB. 1930.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1929, 1930.
Träger: Haftung des Tierhalters. Verhandl. zum 28. deutsch. Jurist.-Tag. Bd. 2, 140.
v. Tuhr: Allgem. Teil des deutschen bürg. Rechts. Bd. II, 1. 1914.

Warneyer: Kommentar zum BGB. 1930.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Zimmermann: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW. 28, 1717.
Zabel: Der Leihvertrag. Diss. Heidelberg. 1906.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. f. ziv. Prax. 99, 51.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für bürgerliches Recht. (Arch. f. bürg. R.)
Archiv für zivilistische Praxis. (Arch. f. ziv. Prax.)
Das Recht. (Recht)
Das Recht des Kraftfahrers. (RdK.)
Deutsche Juristenzeitung. (DJZ.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruch. Beitr.)
Höchstrichterliche Rechtsprechung. (Höchstr. Rechtspr.)
Jherings Jahrbücher für Dogmatik. (Jh. Jahrb.)
Juristische Rundschau. (JR.)
Juristische Wochenschrift. (JW.)
Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht. (LZ.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (OLG.)
Seufferts Archiv. (Seuff. A.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. (Seuff. Bl.)
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. (Warn.)
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. (Bayr. Zeitschr.)

§ 1. Einleitung.

Der Verkehr der Menschen untereinander wird in erster Linie beherrscht von dem Verlangen, ihre Bedürfnisse zu befriedigen. Das Motiv des menschlichen Handelns ist also hauptsächlich ein egoistisches. Der Egoismus hat in weitgehendem Maße den Verkehr überhaupt erst ermöglicht. Ihering [1]) geht sogar so weit, zu behaupten, daß die Vollkommenheit des Verkehrs mit dem ihn veranlassenden Egoismus wachse.

Das Zusammenleben der Menschen bringt es aber mit sich, daß auch andere, altruistische Motive in dem Verkehr eine Rolle spielen. Wenn auch die Selbstlosigkeit als treibendes Moment nicht geeignet ist, den Verkehr allein aufrecht zu erhalten, weil der Mensch seiner Natur nach egoistisch denkt, so ist doch ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen; denn eine Gemeinschaft ist ohne Rücksichtnahme der einzelnen Menschen nicht möglich.

Das Recht allein kann den Verkehr innerhalb der Gemeinschaft nicht aufrecht erhalten, weil es zu sehr auf korrekten Verkehr nach außen sieht. Es kann mit seinem Zwang die Menschen wohl zur äußerlichen Disziplin anhalten; aber das Gemeinschaftsgefühl kann es nicht hervorbringen. Das ist aber durchaus notwendig, um eine Gemeinschaft zu erhalten.

Der Ursprung des Gemeinschaftsgefühls mag auf selbstsüchtige Gründe zurückgehen. Die Menschen schlossen sich zusammen, weil ihre Lebensbedingungen hierdurch günstiger wurden. Seine Auswirkung zeigte eine gegenseitige Rücksichtnahme, beruht auf altruistischen Gründen.

Die aus uneigennützigen Beweggründen hervorgehenden Handlungen spielen sich meist zwischen Personen ab, die aus irgendwelchen, familiären oder freundschaftlichen Gründen sich enger zusammengeschlossen haben. Die treibenden Momente sind Höflichkeit, Liebe, Freundschaft usf., alles Gebiete, die sich mit dem nüchternen Zweck des Rechts, einen Interessenaus-

[1]) Ihering, Zweck im Recht, I, 39 ff.

gleich zwischen mehreren Parteien zu schaffen, nicht recht vertragen. Aus diesem Grunde steht eine weitverbreitete Meinung auf dem Standpunkt, daß ein großer Teil der Handlungen, die lediglich vorgenommen werden, um dem Bedachten einen Gefallen zu tun, nicht mehr in der Sphäre des Rechts lägen und deshalb von der Rechtsordnung unbeachtet bleiben könnten.

Bevor man jedoch darauf eingehen kann, wie weit diese Ansicht zu billigen ist, muß man feststellen, was eigentlich eine Gefälligkeit ist, und wie sie sich im Verkehr äußert.

I. Kapitel

Das Wesen der Gefälligkeit.

§ 2. Die Gefälligkeit als Motiv.

Wenn jemand seinen Freund auf einer Reise in seinem Auto mitnimmt oder gestattet, daß ein Nachbar Baumaterialien auf seinem Grundstück lagert oder ein Kaufmann einem Kunden Waren, die er sonst nicht führt, ohne Vorteil für sich selbst beschafft oder eine Frau ihrer Freundin leichtverderbliches Gemüse, das diese nicht verwenden kann, abkauft, so ist für alle diese Handlungen charakteristisch, daß sie nicht erfolgen, um ein eigenes Interesse zu befriedigen, vielmehr ist allen gemeinsam, daß sie nur vorgenommen werden aus einem freundschaftlichen Entgegenkommen, einem uneigennützigen Beweggrunde gegenüber dem andern Teil. Entscheidend ist immer, daß die Leistung in der Form erbracht werden soll, daß sie für den Empfänger einen Vorteil bedeutet, ohne entsprechende Vergütung auf Seiten des Leistenden. In allen diesen Fällen tut der Leistende mehr, als er tun muß, ohne dazu besonders verpflichtet zu sein, angetrieben von dem Wunsche, dem andern einen Gefallen zu tun. Das Bedürfnis, einem andern einen Gefallen zu tun, bestimmt ihn zum Handeln.

Der Beweggrund ist immer ein innerer Vorgang, der, an sich gesehen, niemals äußerlich erkennbar ist und der immer, um nach außen in Erscheinung zu treten, der Vermittlung einer Handlung oder Erklärung bedarf. Wer einem andern einen Gefallen tun will, muß das nach außen zu erkennen geben, um überhaupt bemerkt zu werden.

Von dem Beweggrund ist jedoch zu unterscheiden der Anstoß zu ihm, der in dem Gefälligen erst die psychische Einstellung hervorruft. Dieser Anstoß kann aus den verschiedensten Gründen erfolgen. Wer einen Wanderer in seinem Wagen ein Stück des Weges mitfahren läßt, tut das aus Mitleid oder Freundschaft oder ähnlichen Gründen. Der Nachbar, der beim Einbringen der Ernte hilft, handelt in dieser Weise etwa deshalb, weil ihm der andere auch schon mal geholfen hat. Dieses freundnachbarliche Verhalten erweckt auch in ihm das Bedürfnis sich auch seinerseits gefällig zu zeigen. Das altruistische Gefühl, das die Gefälligkeitshandlung bewirkt, ist nicht ein Ober-

begriff [2]), unter dem sich verschiedene andere Gefühle verbergen, sondern eine durch anderweitige Einwirkungen hervorgerufene seelische Einstellung, ein uneigennütziges Gefühl nach außen kundzugeben. Diese psychische Einstellung bewirkt die Gefälligkeitshandlung. Sie ist also der Beweggrund. Es ist also dargetan, daß die Gefälligkeit immer das Motiv einer Handlung ist. [3])

§ 3. Die Bedeutung des Motivs.

Grundsätzlich ist aber nun das Motiv, das eine rechtliche Handlung hervorruft, bedeutungslos. So sagt Ihering [4]): „Das Motiv ist etwas für die juristische Charakteristik des Geschäfts völlig Unwesentliches. Ob jemand kauft, weil er die Sache nötig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Verdienst zuwenden will, ob er schenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, ist völlig gleichgültig. Der Kaufkontrakt, die Schenkung als solche ist eine völlig verständliche Tatsache, welche die Frage nach einem Warum in einem Juristen garnicht hervorruft."

Diese Nichtbeachtung des Beweggrundes erklärt sich aus Gründen der Rechtssicherheit; denn es ist im Interesse einer möglichst großen Publizität des Rechtsverkehrs gelegen, alle die Tatsachen als rechtlich nicht erheblich zu behandeln, die geeignet sind, die in der Offenkundigkeit des Verkehrs liegende Sicherheit zu beeinträchtigen. Dazu gehören vor allen Dingen die inneren psychischen Vorgänge. Warum ich gerade den Wanderer auf meinem Auto mitnehme, diese Bürgschaft übernehme, ist für den Verkehr grundsätzlich gleichgültig. Dem Verkehr genügt es, wenn er sich an das hält, was man sehen und hören kann. Diese Gründe waren für den Gesetzgeber bestimmend, das Motiv einer Handlung möglichst als nebensächlich zu behandeln.

Eine allgemeine Bestimmung über das Motiv einer Handlung gibt es im Gesetz nicht. Zwar hatte der erste Entwurf zum BGB. in § 102 eine Vorschrift, die den Irrtum im Motiv für unbeachtlich erklärte. Diese Bestimmung wurde jedoch später gestrichen, weil die Unterscheidung zwischen dem Irrtum im Motive und dem im Geschäftswillen schwer zu ziehen sei und der Begriff des Irrtums nur noch unklarer würde. Außerdem sei die Bestimmung auch überflüssig, da die Fälle des beachtlichen Irrtums im Gesetz vollständig aufgezählt seien und sich

---

[2]) Martel: Die sog. Gefälligkeitsverträge in der Rechtspr. S. 4.
[3]) Hoeniger: Zum Problem der gemischten Verträge. § 10, IV, S. 332. Sugg: Gefälligkeitsverträge S. 1. Balzereit: Gefälligkeitsverträge. S. 1.
[4]) Ihering: Geist d. röm. Rechts. 5. Aufl. Bd. III, 1 S. 210.

daraus die Bedeutungslosigkeit der anderen Irrtumsfälle ergebe. [5])

Die einzige Bestimmung, aus der sich ein allgemeiner Satz über den Motivirrtum herleiten läßt, ist der § 119, II, in dem einige Fälle des Irrtums für beachtlich erklärt werden, die auf der Grenze zwischen Geschäfts- und Motivirrtum stehen. Daraus ergibt sich, daß alle anderen Fälle des Motivirrtums, die sich nicht unter § 119, II subsumieren lassen, rechtlich bedeutungslos sind.

Sobald aber die Beweggründe nicht mehr nur in der Vorstellungswelt des Handelnden leben, sondern bei Vornahme des Rechtsgeschäfts Gegenstand der Verhandlung waren und Geschäftsinhalt geworden sind, ist ein Irrtum über sie nicht mehr unbeachtlicher Motivirrtum, sondern ein Geschäftsirrtum, der nach § 119, I zu behandeln ist. Um aber einen Motivirrtum zum Geschäftsirrtum zu machen, ist erforderlich, daß der Beweggrund die Erklärung inhaltlich so beeinflußt hat, daß diese ohne ihn eine andere geworden wäre [6]). Daraus ergibt sich, daß der Gegner die Beweggründe nicht nur kennen muß, sondern diese auch Gegenstand der entscheidenden Verhandlungen gewesen sein müssen. [7])

Was aber vom Irrtum im Beweggrund gilt, muß auch für den Beweggrund selbst gelten, so daß also ein dem Gegner bekanntes Motiv, das Gegenstand der Verhandlungen war, als Teil der Willenserklärung und damit als Teil des Rechtsgeschäfts anzusehen ist.

Die Gefälligkeit stellt sich, wie oben festgestellt, als ein eine Handlung auslösender Beweggrund dar. Um Teil des Rechtsgeschäfts zu sein, müßte er als Verhandlungsgegenstand in den Verhandlungen aufgetaucht sein, und zwar genügt es nicht, daß der Leistende von sich aus die Leistung als Gefälligkeitsleistung erbringen wollte und auch erbracht hat, der Empfänger aber garnicht gemerkt hat, was eigentlich der Beweggrund zu der erfolgten Handlung gewesen ist. Vielmehr müssen beide wissen, daß der Anstoß zu der Leistung in der tatsächlich erbrachten Form durch ein freundliches Entgegenkommen seitens des Gefälligen hervorgerufen ist.

Praktisch wird es jedoch oft so sein, daß der Beweggrund bei der Verhandlung garnicht erwähnt wird. Ein Wanderbursche hält auf der Straße ein Auto an, mit der Bitte ihn eine Wegstrecke mitzunehmen. Der Fahrer gibt seine Bereitwillig-

---

[5]) Prot. 20, IV.

[6]) RG. 85, 326.

[7]) RGR-Komm. Anm. 2 zu § 119; Planck, Anm. II, 4 zu § 119; RG. 94, 66; 105, 407; 116, 15; RG. in JW. 27, 676.

keit dadurch zu erkennen, daß er anhält und den Wanderburschen einsteigen läßt. Davon, daß das Mitnehmen in diesem Falle unentgeltlich erfolgen soll, war nicht die Rede. Trotzdem waren sich beide Teile über die Unentgeltlichkeit der unter diesen Umständen erfolgenden Mitnahme einig. Die Unentgeltlichkeit ist hier die Form, in der der Wille, einem andern eine Gefälligkeit zu erweisen, zum Ausdruck kommt. Trotz der Nichterwähnung der Unentgeltlichkeit ist in diesem Fall das Motiv Gegenstand der entscheidenden Verhandlungen. Der Wanderbursche rechnete bei seiner Bitte mit dem Wohlwollen des Fahrers. Hinter seinem Ersuchen um Mitnahme stand unausgesprochen, aber für den Fahrer klar erkennbar die Bitte, unentgeltlich mitgenommen zu werden. Das Motiv, das der Leistung erst den Gefälligkeitscharakter verlieh, war also Gegenstand der entscheidenden Verhandlungen. Auch in den andern Fällen der Gefälligkeitsleistung ist immer das Gefälligkeitsmotiv die ausdrücklich erklärte oder stillschweigend angenommene Voraussetzung, auf der die übrigen Abreden aufbauen, ganz gleichgültig, ob es sich um die Aufforderung zu einem Tanz oder um eine Einladung zu einer Jagd oder die unentgeltliche ärztliche Behandlung eines Freundes oder die Hilfe bei Einbringung der Ernte handelt, die ein Landwirt seinem Nachbarn leistet. In allen Fällen ist der Beweggrund die Gefälligkeit. Ohne sie wäre die Leistung nicht so erfolgt, wie sie tatsächlich erbracht worden ist, nämlich unentgeltlich oder doch zu einem nicht dem Wert der Leistung entsprechenden Gegenwert. Für jeden Dritten, der die Situation zwischen den Handelnden kennt, ist unzweifelhaft klar, daß der Leistende in diesem Augenblick und unter diesen Umständen handelt, weil er sich dem andern gefällig erweisen will. Das Motiv ist Inhalt der Erklärung insofern, als der Leistende durch die Umstände, unter denen er handelt, zu erkennen gibt, daß sein Verhalten gerade in diesem Augenblick ein Entgegenkommen darstellt, das über das normale Maß hinaus geht. Wenn ein Sänger sich in einer Gesellschaft bereit erklärt, einige Lieder unentgeltlich vorzutragen, so ist das Motiv, gefällig zu sein, durch die im Regelfall nicht erfolgende Art der Erbringung ohne Entgelt ein Teil des Rechtsgeschäfts geworden. Es ist also festzustellen, daß es eine Eigentümlichkeit der Gefälligkeitsleistung ist, daß bei ihr das innere Moment, das das äußere Verhalten auslöst, immer in der Handlung selbst zum Ausdruck kommt und dadurch Teil des Rechtsgeschäfts wird.

Es ist jedoch nicht so, daß bei allen Leistungen, die aus Entgegenkommen erfolgen, das Motiv zum Geschäftsinhalt geworden ist. Wenn eine Frau ihrer Freundin leichtverderbliches Gemüse, das diese nicht verwenden kann, zu dem gewöhnlichen

Marktpreise abkauft, so mag das aus Gefälligkeit geschehen, aber die Gefälligkeit hatte den Vertrag zwischen beiden nicht derart beeinflußt, daß die Leistungen der Käuferin eine andere gewesen wäre, wenn man den Beweggrund aus dem Vertrage fortdenkt. Die Leistungen beider Teile bestimmen sich nicht nach der Gefälligkeit, sondern dem Gegenwert, den jede von der andern für ihre Leistung erhält. Das Motiv war hier zwar dem andern Teile bekannt, es ist vielleicht auch in den Verhandlungen über das Zustandekommen des Vertrags darauf Bezug genommen worden, daß die Leistung nur infolge eines Entgegenkommens der Käuferin erbracht sei; aber wenn die Käuferin dasselbe Gemüse in einem Laden gekauft hätte, so hätte sich kein Unterschied der beiderseitigen Leistungen ergeben. Die Gefälligkeit ist nicht in der Leistung zum Ausdruck gekommen, weil sie die Verhandlung über den Inhalt der Leistung garnicht beeinflußte. Der Beweggrund ist bei Leistungen dieser Art unerheblich. Um also eine Leistung als Gefälligkeitsleistung zu behandeln, ist erforderlich, daß das Gefälligkeitsmoment in der Leistung selbst insofern zum Ausdruck kommt, als der Leistende mehr tut, als er eigentlich tun müßte, daß er also für seine Leistung nicht den ihr entsprechenden Gegenwert erhält. Sobald der empfangene Gegenwert der Leistung entspricht und diese für den Empfänger keinen Vorteil mehr bedeutet, ist die Leistung keine Gefälligkeitsleistung mehr, da das Motiv nicht Geschäftsinhalt ist.

Man [8]) hat nun gesagt, bei Untersuchung der Gründe, aus denen Gefälligkeitsleistungen erfolgen, ergäbe sich, daß man für das Motiv Gefälligkeit stets ein anderes einsetzen könne. Wenn jemand einen Bekannten einlüde, so könne das aus Freundschaft geschehen, es sei aber auch möglich, daß die Einladung aus ganz andern Gründen wie Anknüpfung von Beziehungen usf. erfolgen könne. Daraus ergäbe sich, daß Gefälligkeit nicht immer mit Uneigennützigkeit gleichzusetzen sei. Die Gefälligkeit sei die aus bestimmten Gründen erstrebte Eigenschaft einer Handlung. [9]) Das erhelle am besten daraus, daß Fälle denkbar seien, in denen jemand nur aus Zwang oder Pflichtgefühl tätig würde.

Es wird also abgelehnt, in dem uneigennützigen Handeln ein Merkmal der Gefälligkeitsleistung zu sehen.

Es ist oben festgestellt worden, daß das Motiv der Gefälligkeitsleistung durch die Art und die Umstände der Leistung ein Teil des Rechtsgeschäfts geworden ist, dadurch, daß der Lei-

---

[8]) Martel a. a. O. S. 4.

[9]) Böckel, Gefälligkeitsvertrag im Handwörterb. d. Rechtswissenschaft II, 2.

stende mehr tut, als er tun müßte. Dieses Uebermaß an übernommener Leistung schließt aber begrifflich schon die Uneigennützigkeit in sich ein. Aber selbst wenn man annimmt, daß der Leistende die Handlung nicht aus uneigennützigen Gründen erbringt, ändert das nichts an dem Gefälligkeitscharakter der Leistung, solange der Leistende nach außen hin der Leistung den Anschein der Gefälligkeitsleistung gibt; denn nur das Erklärte kann als rechtserheblich angesehen werden. Wenn der Leistende nach außen zu erkennen gibt, daß er seine Leistung aus Gefälligkeit erbringen will, so ist sie auch als solche zu behandeln. Alles, was der Leistende sich insgeheim vorbehält, muß bei Beurteilung der Leistung außer Betracht bleiben. Es kann nur das Motiv maßgebend sein, was nach außen als treibend erkannt wird. § 116 bestimmt, daß derjenige der eine Erklärung mit dem geheimen Vorbehalt abgibt, das Erklärte nicht zu wollen, sich beim Wort nehmen lassen muß.

§ 4. Die Entgeltlichkeit der Leistung.

Man hat vielfach gesagt [10]), die Gefälligkeitsleistung setze begriffsmäßig Unentgeltlichkeit voraus. Zwar wird die Gefälligkeitsleistung praktisch meist eine unentgeltliche sein; ein zwingender Grund dafür, daß Gefälligkeiten immer unentgeltlich sein müßten, besteht jedoch nicht. Wenn ein Autobesitzer einen Bekannten in seinem Wagen ohne Entgelt mitfahren läßt, so liegt nach allgemeiner Meinung eine Gefälligkeitsleistung vor. Es ist m. E. kein zwingender Grund vorhanden, die Leistung nicht mehr als Gefälligkeitsleistung zu bezeichnen, wenn ein Taxischofför zum Bahnhof fährt und zwar ein Entgelt verlangt, dieses aber so gering bemißt, daß es in keinem Verhältnis zu der erbrachten Leistung steht. In beiden Fällen handelt der Leistende nur, um sich dem andern Teil erkenntlich zu zeigen; jedesmal könnte der Leistende mehr beanspruchen, als er tatsächlich verlangt. Jede der Leistungen zeigt die Merkmale des Gefälligseins seitens des Leistenden. Das Entgelt ändert nicht den Charakter der Leistung. Zur Abgrenzung der Gefälligkeitsleistungen von den andern Leistungen ist daher das Merkmal der Unentgeltlichkeit nicht brauchbar. Vielmehr sind entgeltliche Gefälligkeitsleistungen durchaus denkbar [11])

---

[10]) Martel, a. a. O. S. 5; Klünder, a. a. O. S. 11; Rathey, Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung, S. 22; Böckel, a. a. O. S. II, 2; Wichers, Gefälligkeitsverträge, S. 4; JW. 08, 108; Seuff. Arch. 61, N. 221; Warn. E. 08, 158, u. a.

[11]) So auch Hoeniger, Zum Problem der gemischten Verträge, S. 217 u. Siber Schuldr. 1931, S. 181.

Daß die Entgeltlichkeit einer aus Gefälligkeit erbrachten Leistung ihr nicht den Charakter der Gefälligkeitsleistung zu nehmen geeignet ist, zeigt sich deutlich, wenn man sich das Entgelt für die erbrachte Leistung nicht in Geld, sondern in einer andern Form, z. B. der des Gegengeschenks vorstellt.

Ein Bauer hilft seinem Nachbarn beim Einbringen der Ernte und dieser verspricht ihm zum Dank für die freundnachbarliche Hilfe einen Sack Korn, der aber nicht dem Wert der Leistung des Beschenkten entspricht. Die Leistung bleibt trotz der Gegenleistung eine Gefälligkeitsleistung. Dieser Sack Korn ist sicher ein Entgelt; denn die Schenkung erfolgt nur im Hinblick auf die Hilfe bei der Ernte und geschieht nur in der Absicht, den Verlust des Beschenkten, den dieser durch die ohne die Schenkung ganz unentgeltliche Leistung erleiden würde, zu mildern. Der den Sack Korn schenkende Bauer möchte nicht zu tief in die Schuld seines Nachbarn kommen. Es liegt hier natürlich keine Schuld vor, die einen klagbaren Anspruch des Nachbarn begründen würde, vielmehr könnte höchstens ein gesellschaftlicher Druck den Bauern dazu bringen, die Freundschaft anderer Leute nicht zu sehr auszunützen. Das ändert jedoch nicht die Art der Gegenleistung; diese bleibt ein Entgelt, wenn auch ein freiwilliges. Sie ist auch kein volles Entgelt, sondern nur ein Teilentgelt.

Die Uebereignung des Korns bewirkt, daß durch die Vermögenseinbuße des schenkenden Bauern der Nachbar einen Vermögensvorteil erlangt; aber es ist nicht richtig, diese Schenkung losgelöst aus dem Zusammenhang zu betrachten, weil Leistung und Gegenleistung hier im engsten Zusammenhang stehen. Die rechtliche Seite zeigt zwar zwei selbständige Leistungen, die unentgeltliche Dienstleistung des einen und das Gegengeschenk des andern. Der Zusammenhang beider Leistungen ist nicht so eng, daß man einen regelrechten Dienstvertrag annehmen kann, besonders weil die Dienstleistung in einem solchen Fall nicht im Hinblick auf den Lohn erbracht worden ist.

Der Bauer schenkt seinem Nachbarn nur das Korn, weil dieser ihm bei Einbringung der Ernte geholfen hat. Die Gegenleistung erfolgt nur, weil die Hauptleistung erfolgt ist. Es liegt also wohl ein Gegenseitigkeitsverhältnis von der Seite des Schenkenden aus gesehen vor. Wenn man den wirtschaftlichen Zusammenhang beider Leistungen betrachtet, so ist das Bild genau umgekehrt. Dann ist der das Korn schenkende Bauer infolge der über den Wert des Korns hinausgehenden Erntearbeit des Nachbarn der Bereicherte und der Nachbar hat den Verlust der unbezahlten Arbeitsleistung zu tragen. Der Ausdruck Schenken wird aber in einem solchen Fall nur gebraucht, um den Ent-

geltscharakter der Gegenleistung zu verstecken. Es ist nicht üblich, einen Freundschaftsdienst so zu bezahlen, wie man eine gekaufte Sache bezahlt. [12]) Man verschleiert die Bezahlung, indem man sie in die Form einer Schenkung kleidet. Dadurch wird aber bestätigt, daß die Hauptleistung eine Gefälligkeitsleistung trotz der Gegenleistung darstellt; denn durch diese Umschreibung geben die Beteiligten zu erkennen, daß die Hauptleistung ein aus Gefälligkeit erfolgender Freundschaftsdienst bleiben soll, auch wenn die erbrachte Leistung teilweise entgeltlich ist. Der Nachbar, der dem Bauern bei Einbringung der Ernte hilft, wird also letztlich durch die Gegenleistung teilweise bezahlt.

Ob diese auf Umwegen erreichte Bezahlung in Naturalleistungen oder direkt in Geld erfolgt, kann aber keinen Unterschied machen. Es ist lediglich eine Frage der sozialen Stellung des die Gegenleistung Empfangenden, ob man die Gegenleistung in Geld oder in anderer Form erbringt. Den Bauern, der unterwegs den Wanderer auf seinen Wagen aufsitzen läßt und bis zu seiner am Wege liegenden Wohnung mitnimmt, wird der Wanderer zum Essen einladen; dem Knecht des Gutsbesitzers wird er Geld geben, damit er sich in der Stadt etwas kaufen kann. In beiden Fällen besagt die Leistung des Wanderers dasselbe: Er will beiden eine Gegenleistung erbringen, um ihnen ihre Freundlichkeit zu entgelten.

Um jedoch die Gegenleistung als Entgelt anzusehen, ist es erforderlich, daß diese für den Empfänger einen Vermögenswert haben muß. Die Einladung zum Essen erspart dem Bauern diese Ausgabe. Ob der Empfänger die durch die Gegengabe ersparte Ausgabe auch tatsächlich gemacht hätte, ist gleichgültig. Die angenommene Einladung zum Essen ist auch dann als Entgelt anzusehen, wenn der Bauer ohne sie überhaupt nicht zu Mittag gegessen hätte.

Ob der Wert der Gegengabe schon vor Erbringung der Gefälligkeitsleistung bestimmt war oder noch in der Schwebe und ihre Bestimmung kraft Parteivereinbarung dem Empfänger der Gefälligkeitsleistung überlassen war, ist unerheblich; denn der Unterschied beider Leistungsarten ist nur ein zeitlicher. Auch bei der vorherigen Festsetzung ist es üblich, daß der Gefälligkeitsschuldner die Bestimmung der Art und des Wertes der Gegenleistung dem Ermessen des Gefälligkeitsnehmers überläßt. Es ist also nicht gesagt, daß die Entgeltlichkeit einer Leistung dieser den Gefälligkeitscharakter nimmt, wie auch umgekehrt die Unentgeltlichkeit einer Leistung kein untrügliches Symptom für ihren Gefälligkeitscharakter ist. [13])

---

[12]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 12, S. 23.

[13]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 12, S. 23; OLG Köln in JW. 31, 1975.

§ 5. Abgrenzung zu ähnlichen Leistungen.

Aus dem Kreis der Gefälligkeitsleistungen scheiden aus alle Leistungen, die als Teile eines Rechtsgeschäfts keine selbständigen Leistungen sind. So liegen keine Gefälligkeitsleistungen vor, wenn ein Lieferant seinem Kunden Proben zuschickt [14]), ein Geschäft bei Einkauf einer bestimmten Warenmenge eine Zugabe gibt, ein Auto zur Probefahrt überlassen wird, ein Gastwirt den bei ihm einkehrenden Gästen einen leeren Raum zum Abstellen der gekauften Waren zur Verfügung stellt [15]), ein Laden zur Erleichterung des Mietabschlusses vorläufig unentgeltlich überlassen wird [16]). Hier erfolgt die Leistung nicht aus Gefälligkeit, sondern im Hinblick auf einen späteren Vertrag oder zu Reklamezwecken. Sie sind rechtlich besondere, vom Hauptvertrag verschiedene Vertragstypen, stehen aber in innerem Zusammenhang mit dem Hauptvertrag und sind nur auf den kommenden, gewinnbringenden Vertrag hin eingegangen. Keine Gefälligkeitsleistung liegt vor, wenn ein Gastwirt seinen Gästen einen Stall zur Einstellung ihres Gespanns zur Verfügung stellt und die ihm dadurch entstehenden Kosten mit in den Preis einkalkuliert. [17])

Daraus, daß die Leistung auf der Empfängerseite als Gefälligkeitsleistung gedacht sein muß, ergibt sich weiterhin, daß alle die Fälle nicht mehr Gefälligkeitsleistungen sind, bei denen es an einer Vereinbarung fehlt und der Leistende ohne Uebereinstimmung mit dem Empfänger handelt, so z. B. wenn im Zug jemand seinen schlafenden Nachbarn an der Station, an der dieser aussteigen will, weckt, ohne von diesem dazu gebeten zu sein oder jemand sich auf einen fahrenden Wagen ohne Erlaubnis des Fahrers setzt.

Da die Gefälligkeit immer ein Beweggrund ist, der darauf hinausläuft, einem andern einen Gefallen zu tun, ist für sie immer nötig, daß die Leistung einer natürlichen Person erbracht wird. Altruistische Gefühle kann man nicht gegenüber einem abstrakten Gebilde empfinden. Immer ist eine natürliche Person erforderlich, der die Gefälligkeit erwiesen wird. Deshalb sind auch Leistungen, die juristischen Personen erbracht werden, niemals Gefälligkeitsleistungen, auch dann nicht, wenn sie als Leistung an eine natürliche Person Gefälligkeitsleistung wären.

Wenn jemand einer gemeinnützigen Stiftung eine Geldsumme mit der Bestimmung schenkt, daß das Geld zum Studium

---

[14]) Recht, 08, Nr. 1359.
[15]) Klünder, Die Rechtl. Natur d. Gefälligkeitsl. S. 14.
[16]) OLG Köln 20, 20.
[17]) Recht, 10, Nr. 2490; OLG. 18, S. 26; 22, S. 331; 28, S. 211; 28, S. 213; 18, 28; 22, 330.

Unbemittelter dienen soll, so handelt er wohl aus altruistischen Beweggründen. Aber den Bedachten gegenüber kann er keine freundschaftlichen Motive haben, weil er sie nicht kennt. Das freundschaftliche Gefühl muß gegenüber einer bestimmten Person bestehen. Handelt er aber auf Bitten des Verwalters der Stiftung oder eines anderen Vertreters, so liegt ebenfalls keine Gefälligkeit vor, weil er diesen das Geld nicht zuwendet. Er erbringt die Leistung einem Dritten, der Stiftung. Eine Gefälligkeitsleistung erfordert aber eine Personenidentität zwischen demjenigen, dem die Leistung gedanklich zugedacht war und dem tatsächlichen Empfänger der Leistung.

II. Kapitel

Die bisherige Behandlung der Gefälligkeitsverträge in Literatur und Rechtsprechung.

§ 6. Die Stellungnahme des Schrifttums.

Die Diskussion über die Gefälligkeitsverträge datiert von einer Entscheidung des Reichsgerichts[18]), in der dieses den Besitzer eines Wagens für den Tod eines aus Gefälligkeit mitgenommenen Mitfahrenden haftbar macht. Unterwegs war das Pferd durchgegangen und hatte den Mitfahrenden getötet. Diese Entscheidung des RG. wurde stark angegriffen, da das RG. es ablehnte, die Beziehungen beider Teile als Vertrag anzusehen und den Fuhrwerksbesitzer aus § 833 haften ließ.

Die daraufhin einsetzende Behandlung der Gefälligkeitsverträge ergab eine sehr starke Abweichung der einzelnen Meinungen untereinander. Es lassen sich zwei große Gruppen trennen: Die eine sieht in der Gefälligkeitsleistung einen Vertrag und die andere nur einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung.

So stellte sich v. Blume[19]) auf den Standpunkt, daß auch die Gefälligkeitsleistungen vertragliche Leistungen, wenn auch besonderer Art, seien. In der Gestattung der Mitfahrt oder dgl. liege eine Willenserklärung, die mit dem stillschweigenden oder ausdrücklichen Verlangen nach Gestattung korrespondiere. Infolge der übereinstimmenden Vereinbarungen sei ein Vertrag gegeben. Dieser Vertrag habe aber die Besonderheit, daß er im Gegensatz zu andern Verträgen nicht verpflichte. Er habe lediglich den Zweck, die Rechtswidrigkeit auf seiten des Empfängers auszuschließen und die Leistung zu einer Leistung mit rechtlichem Grund zu machen, die die Kondiktion nicht mehr ermögliche. Die einzige obligatorische Wirkung, die dem Gefälligkeitsvertrag zukomme, sei die, daß er den Gefälligkeitsempfänger verpflichte, nicht gegen die Interessen des Gefälligkeitsschuldners zu handeln. Eine Verletzung dieser Pflicht mache den Gefälligkeitsempfänger haftbar. Haftungsgrundlage sei der Gefälligkeitsvertrag und daneben erst eine deliktische Handlung,

---

[18]) RG. 54, 73.
[19]) v. Blume, Recht 08, S. 648.

soweit eine Haftung aus unerlaubter Handlung noch in Betracht komme.[20])

Auch Geigel[21]) nimmt einen besonderen Gefälligkeitsvertrag an, steht aber im Gegensatz zu v. Blume auf dem Standpunkt, daß der Gefälligkeitsvertrag verpflichtend sei. „Das Schwergewicht liegt auf dem Wort verpflichtet". „Es ist geradezu ein Widersinn, zu sagen, ich verspreche etwas, will es aber nicht halten". Entscheidend dafür, ob ein Gefälligkeitsvertrag vorliege oder nicht, sei lediglich die Unentgeltlichkeit. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Leonhard[22]). Der Gefälligkeitsschuldner gehe doch die Gefälligkeit ein, „den Gebrauch des andern in der Zukunft zu dulden". Es gäbe zwar Abmachungen, die nicht verpflichtend seien, obwohl ihnen eine rechtliche Bedeutsamkeit nicht abzusprechen sei, aber es entstehe nur deshalb keine rechtliche Verpflichtung, weil die Handlung keine Wirkung für die Zukunft zeige, wenn sie sofort vorgenommen wird. Er beschränkt also die Gefälligkeitsverträge mit verpflichtender Wirkung auf die Fälle, die noch in der Zukunft fortwirken.

Weiterhin tritt auch Böckel[23]) für den vertraglichen Charakter der Gefälligkeitsabreden ein. Eine Gefälligkeit ohne Verpflichtung sei wertlos. Wer eine Gefälligkeitszusage abgebe, müsse wissen, daß er sich damit verpflichte. „Wer sich freiwillig mit dem Rechtskreis eines anderen, sei es in Bezug auf seine Person oder sein Vermögen, befaßt, muß die entsprechende Verantwortung auf sich nehmen".

Diese Ansicht steht also auf dem Standpunkt, daß die Gefälligkeitsabreden Verträge besonderer Art seien. Im Gegensatz dazu vertritt eine andere Meinung die Ansicht, daß die Gefälligkeitsleistungen zwar Verträge seien; man könne sie jedoch alle unter die im BGB. aufgezählten Vertragstypen subsumieren, ein Standpunkt, der insbesondere von Krückmann[24]) vertreten wird. Die Möglichkeiten, Gefälligkeiten zu erweisen, seien begrenzt auf Zuwendung von Vermögenswerten, durch vorübergehende Ueberlassung einer Sache, durch Dienste und Verwahrung. Diese entsprächen den im BGB. geregelten Typen Schenkung, Leihe, Auftrag und Verwahrung. Daraus zieht Krückmann die Folgerung, daß alle Möglichkeiten der Gefälligkeitsverträge im BGB. bereits geregelt seien. In den Fällen, in denen die Abreden sich nicht unter die im BGB. geregelten Typen subsumieren lassen, liegen nach seiner Ansicht Mischverträge vor. Entscheidend ist in

---

[20]) Ebenso Klein, Seuff. Bl. 74, 26.
[21]) Seuff. Bl. 77, 37.
[22]) Allgem. Schuldr. § 31.
[23]) Der Gefälligkeitsvertrag i. Handwörterb. d. Rechtswissensch. III, 2.
[24]) Seuff. Bl. 74, 113 ff. Ih. Ihb. 54, 108 ff; JW. 32, 3688 ff.

solchen Fällen der den Mischvertrag bestimmende Vertragstyp. Eine Ausnahme macht Krückmann bezüglich der sog. Abreden der Geselligkeit und Gefälligkeit.[25]) Hier bestehe für den Empfänger zwar keine Möglichkeit, seinen Anspruch im Wege der Klage durchzusetzen, aber trotzdem ergäben sich für beide Teile gewisse Pflichten. Man dürfe nicht von dem Fortfall des Erfüllungsanspruchs auf völlige Rechtlosigkeit der Verabredung schließen.

Der Krückmannschen Ansicht hat sich Kober[26]) angeschlossen. Er macht allerdings die Ausnahme, daß in jedem Fall zu prüfen sei, ob die Parteien sich wirklich verpflichten wollten und verweist an anderer Stelle[27]) darauf, daß bei vielen Gefälligkeiten, die auf vorübergehende Nutzung einer Sache gehen, der Empfänger nur ein momentanes Detentionsverhältnis erhalten solle, ohne daß die Rechtsfolgen der Leihe nach Auffassung des Darbietenden eintreten sollten.

Auch Planck[28]) vertritt die Ansicht Krückmanns. In der Mehrzahl der Fälle sollen die im Gesetz geregelten Vertragstypen genügen, um die Gefälligkeitsverträge zu erfassen, soweit sie rechtlich bedeutsam sind. Rechtlich unerheblich sind alle gesellschaftlichen Gefälligkeiten.[29])

Die überwiegende Meinung des Schrifttums dagegen steht auf dem Standpunkt, daß die Gefälligkeitsleistungen rein tatsächlicher Natur seien und keinerlei rechtliche Folgen hätten.[30])

So hat zunächst Ihering[31]) darauf hingewiesen, daß die Gefälligkeiten des täglichen Lebens immer nur tatsächliche Vorgänge ohne rechtliche Bedeutung seien. Allerdings behandelt er die Frage nur für die aus Gefälligkeit erfolgende Gebrauchsüberlassung. Er prägt für diesen Zustand den Ausdruck momentanes Detentionsprecarium. Ob ein momentanes Detenti-

---

[25]) JW. 32, 3688 ff.

[26]) Staud. Einl. zum 7. Abschn. 2 f.

[27]) Staud. Vorbem. 3 vor § 589.

[28]) Planck. Vorbem. III zu § 589.

[29]) Ebenso Zimmermann, JW. 28, 1717; Lukas, Ueber die Rechtsnatur der Gefälligkeitsvertr. S. 47. Balzereit, Gefälligkeitsvertr., S. 25; Hinrichs a. a. O.; Hartmann RdK. 27, 44.

[30]) Becker, Gefälligkeitsfahrten; Behrend, Recht 19, Sp. 291; Danz, Ih. Ihb. 38, 476; ders. Auslegung der Rechtsgeschäfte § 18, 147; Enecc.—Lehmann, Lehrb. § 27, 6; Ihering, Der Besitzwille, S. 513 ff; Isaac—Sieburg, § 7 IV, A, 9, h, 1; § 8, A, II, 8 Josef, JW. 28, 2313; Kohler, Arch. f. bürg. R. 12, 22; ders. Lehr. § 43, VI, S. 120 u. § 145; Kuhlenbeck, JW. 04, 227; ders. JW. 08, 701 ff; v. Lippmann, Seuff. Bl. 72, 1019; Müller § 8, A, I, b, 6; Oertmann, Vorbem. 1 a vor § 589 ff, Vorbem. 6 c vor § 688; RGR.-Komm. § 662, Anm. 2; § 611, Anm. 2; Soergel, § 241, Anm. 1; § 305, Anm. 2; § 516, Anm. II; Zabel, Leihvertrag; Endemann, § 173, Anm. 9; Delius, Recht 20, S. 33. Arndt, JW. 29, 898, II 2 Schwarz, Seuff. Bl. 75, 63.

[31]) Besitzwille, S. 513.

onsprecarium oder ein regelrechter Leihvertrag vorliegt, hängt nach seiner Ansicht von den Umständen ab und dem mit der Vereinbarung erstrebten Zweck. Ihm schließt sich allerdings nur für das momentane Detentionsprecarium Staudinger [32]) an. Auch Warneyer [33]) vertritt denselben Standpunkt. Nach seiner Ansicht ist das Charakteristikum dieses Verhältnisses der augenblicklichen Gebrauchsüberlassung das jederzeitige Widerrufsrecht. Denselben Gedanken vertritt auch Zabel [34]), wenn er es bei der im BGB. geregelten Leihe und der aus Gefälligkeit erfolgenden Gebrauchsüberlassung in erster Linie darauf abstellt, daß beim Leihvertrag der Wille des Verleihers dahin gehen müsse, dem Entleiher ein längeres, dem Moment überdauerndes Gebrauchsrecht zu verschaffen. Auch Kuhlenbeck [35]) scheidet die tatsächlichen Gefälligkeits- oder gesellschaftlichen Leistungen aus dem Kreis der rechtlich erheblichen Handlungen aus. Ebenso Oertmann [36]), der sich bezüglich des momentanen Detentionsprecariums der Ansicht Staudingers und des RGR.-Kommentars anschließt. [37])

An anderer Stelle hat Ihering [38]) auch für die sog. Platzleihe den Standpunkt vertreten, daß auch dieses aus Gefälligkeit erfolgende zur Verfügungstellen kein Vertrag sei. Wenn jemand seinem Nachbarn einen Raum zum Lagern irgendwelcher Sachen zur Verfügung stelle, so sei das keine Leihe und auch kein depositum, sondern ein precarium, wenn auch besonderer Art; denn derjenige, der den Raum zur Verfügung stelle, bleibe Besitzer. Es sei nur ein Teilprecarium, im Gegensatz zum Totalprecarium. Ihm hat sich angeschlossen Danz [39]). Wenn jemand einem Radler gestatte, sein Rad in den Hausflur zu stellen, so liege hier weder Leihe noch Verwahrung vor, sondern ein im BGB. nicht geregeltes Verhältnis, ein Raumprecarium. In solchen Fällen einer einfachen Verpflichtung des täglichen Lebens wolle man sich überhaupt nicht verpflichten.

Weiterhin hat sich insbesondere Kohler [40]) auf den Standpunkt gestellt, die Gefälligkeiten des täglichen Lebens lägen außerhalb des Rechts. An anderer Stelle [41]) begründet er diese Ansicht damit, daß er sagt, eine zu starke Durchdringung un-

---

[32]) Vorbem. 3 vor § 589.
[33]) Warn. Anm. I zu § 589.
[34]) Leihvertrag, S. 98 ff.
[35]) JW. 08, 702 ff; JW. 04, 226.
[36]) Vorbem. 1 a zu § 589.
[37]) Anm. 2 zu § 662 ff; Anm. 2 zu § 611.
[38]) Der Besitzwille.
[39]) Jh. Jhb. 38, 476.
[40]) Lehrb. § 43, IV, S. 120.
[41]) Arch. f. bürg. Recht, 12, S. 21 ff.

seres gesellschaftlichen Lebens mit Rechtssätzen sei schädlich, da die Gesundheit unserer Gesellschaft auf dem natürlichen Ausgleich ihrer Grundlagen bestehe. Zu den Gefälligkeiten des täglichen Lebens, die außerhalb des Rechtslebens stehen, zählt Kohler alle Verabredungen, die Aeußerungen der Liebe und des Anstandes seien. Auch für Soergel [42]) ist entscheidend, daß der Verpflichtungswille auf die Gebiete der Liebe, der Freundschaft, der Religion und des gesellschaftlichen Verkehrs in der Regel nicht ausgedehnt wird.

Besonders der häufige Fall der Gefälligkeitsfahrt, wird von vielen als tatsächliche Leistung für rechtlich unerheblich erklärt. Insbesondere sagt Isaac [43]) im Anschluß an Kuhlenbeck, daß derjenige, der einem Bekannten gestatte, eine Viertelstunde im Hof zur Uebung herumzufahren, keine vertragliche Bindung eingehe. An anderer Stelle [44]) stellt er die Gefälligkeitsfahrt einer Einladung zu einem Diner oder sonstigen Vergnügen gleich. Sobald aber die Fahrt aus Anlaß von Kaufverhandlungen erfolge, könne eine vertragliche Haftung gegeben sein. In der Neubearbeitung von Sieburg [45]) wird an der Meinung, daß die Gefälligkeitsfahrt genau so bedeutungslos sei, wie eine Einladung zu einem Essen oder zu einem Ball, festgehalten. Auch Müller [46]) sieht in der Einladung zu einer Mitfahrt nichts weiter als einen Vorgang des täglichen Lebens. Bei der bloßen Gestattung des Mitfahrens könne es sich um einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung handeln. Denselben Standpunkt vertritt Josef [47]), der dem Versprechensempfänger jegliche Ansprüche abspricht, wenn dieser um eine Einladung zu einem Mittagessen mit daran anschließender Autofahrt dadurch gebracht wird, daß der Versprechende sein Versprechen ohne besonderen Grund nicht hält. Die Gestattung habe nur den Sinn, der Handlung des Versprechensempfängers die Widerrechtlichkeit zu nehmen.

Endemann [48]) unterscheidet ebenfalls bei einem Auftrag, bei dem es sich regelmäßig um die Uebernahme einer Besorgung aus Gefälligkeit handelt, ob eine rechtliche Verpflichtung eingegangen ist oder nur eine unverbindliche Zusage erteilt sei. Der Maßstab für das Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung soll die im Volk herrschende Anschauung sein.

---

[42]) Einl. zum II. Buch, Anm. 3; Anm. 1 zu § 305; Anm. 1 zu § 241.
[43]) 1. Aufl. § 7, IV, A, 9, h, 1.
[44]) 1. Aufl. § 8, A, II, 8, h.
[45]) § 8, A, II, 10, k, 2.
[46]) § 8, A, I, b, 6.
[47]) JW. 28, 2313.
[48]) Lehrb. § 173, Anm. 9.

§ 7. Die Behandlung der Gefälligkeiten in der Praxis.

Die Stellungnahme der Rechtsprechung zu den Gefälligkeitsleistungen ist ebenfalls nicht einheitlich. Auch hier finden sich wieder die verschiedenen Meinungen, die die Gefälligkeiten entweder unter die im BGB. geregelten Vertragstypen bringen oder in ihnen eine besondere, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Vertragsart sehen wollen, während auf der anderen Seite die Gruppe derjenigen steht, die den Gefälligkeitsleistungen jede rechtliche Bedeutung absprechen und sie nur als Leistungen tatsächlicher Art gewertet wissen wollen.

Die Natur der Gefälligkeit bringt es mit sich, daß derjenige, dem die Leistung versprochen ist, für den Fall, daß der Versprechende nicht leistet, regelmäßig darauf verzichten wird, die Erfüllung der Gefälligkeit im Klagewege zu erzwingen. Es widerstrebt dem natürlichen Gefühl, ein Versprechen, das als Freundschaftsdienst gedacht war, durch gerichtliches Urteil zu erzwingen. Daher ist der in der Klage geltend gemachte Anspruch des Versprechensempfängers nicht auf Erfüllung des nicht eingehaltenen Versprechens gerichtet, sondern geht auf Ersatz eines dem Kläger selbst oder seinem Eigentum bei Erbringung der Gefälligkeitsleistung zugestoßenen Schadens. Am häufigsten handelt es sich bei den den Gerichten zur Entscheidung vorgelegten Fällen um die Gefälligkeitsfahrt und um den Fall der Einstellung von Pferden in den Stall eines Gastwirts.

Allerdings ist der Begriff der Gefälligkeitsleistung, der in den Entscheidungen zum Ausdruck kommt, ein anderer als der im Vorstehenden vorgetragene, und zwar unterscheidet er sich von diesem insbesondere dadurch, daß er im Ergebnis enger ist. Der Gefälligkeitsbegriff der Rechtsprechung umfaßt nur die unentgeltlichen Gefälligkeitsleistungen, nicht aber die entgeltlichen. Eine eingehende Begründung dafür, daß die Gefälligkeitsleistungen immer unentgeltlich sein müßten, ist aber m. E. nirgends gegeben.

Bei dem ersten Fall, der dem RG. [49]) Anlaß gab, die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen zu behandeln, handelte es sich um die Mitnahme bei einer Zuverlässigkeitsfahrt. Das OLG. hatte hier einen Vertrag und zwar Auftrag oder Vertrag eigener Art angenommen. Das RG. lehnte es aber ab, in der bloßen Einräumung eines Platzes auf einem ohnehin fahrenden Wagen einen Auftrag oder eine Leihe oder eine Verwahrung zu sehen. Es fehle an einer Handlung. Auch einen Vertrag sui generis lehnte das RG. ab. Es sieht in der Teilnahme an der Fahrt eine rein tatsächliche Handlung ohne rechtliche Bedeu-

[49]) RG. 65, 17.

tung. Anders wäre es jedoch, wenn mit der Fahrt ein rechtlicher Zweck verfolgt würde, dann läge ein Vertrag vor. Nach dieser Entscheidung ist also der Zweck der Vereinbarung entscheidend. Auch späterhin hat das RG. in einer Entscheidung vom 18. 3. 07 [50]) einen vollständigen Vertrag angenommen; der Kläger war in diesem Fall zwar von dem Beklagten aus Gefälligkeit mitgenommen, beide hatten die Fahrt aber unternommen, um an dem Bestimmungsort gemeinsam einen Lieferungsvertrag abzuschließen. In einem andern Fall (Entscheidung vom 1. 2. 26.) [51]) hat das RG. die Gefälligkeitsfahrt als tatsächliches Verhältnis hingestellt, ohne aber die Gründe für die Ablehnung des Vertragsverhältnisses zu untersuchen. In der Tatsache, daß der später Verletzte das Fuhrwerk des Beklagten auf dem Weg zur Arbeitsstätte unter stillschweigender Duldung des Fuhrherrn benutzte, hat der VI. Senat des RG. in einer Entscheidung vom 16. 5. 07. [52]) nur ein tatsächliches Verhältnis gesehen, das keine rechtsgeschäftlichen Rechte und Pflichten erzeugte. Dieses tatsächliche Verhältnis sei jedoch nicht ganz ohne Wirkung. Es verpflichte ganz allgemein dazu, daß jeder für die Beschädigung fremder Sachen aufzukommen hat, insoweit er die Beschädigung hätte verhüten können.

In einigen andern Entscheidungen [53]) leugnen die Gerichte den vertraglichen Charakter der Gefälligkeitsfahrt im Hinblick auf den mangelnden Verpflichtungswillen der Parteien. So hat sich das RG. in einer Entscheidung [54]) der Ansicht des OLG. angeschlossen, daß zwischen dem Wagenführer und dem auf der Fahrt mitgenommenen Fahrgast lediglich ein tatsächliches Verhältnis bestehe, da nach dem Vortrag des Klägers eine rechtliche Bindung von keiner Seite beabsichtigt gewesen sei. Wenn jedoch ein Verpflichtungswille vorhanden sei, so käme ein Vertrag zustande. Die Anstandspflicht, den mitgenommenen Kläger auch wieder zurückzufahren, nachdem dieser aus Gefälligkeit mitgefahren sei, ist nach Ansicht des Gerichts zur Annahme eines Vertrages nicht genügend. Lediglich eine rechtliche Pflicht führe zum Vertragsabschluß. Der Beklagte sei jederzeit in der Lage gewesen, seinen Willen zu ändern und den Kläger von der Fahrt auszuschließen, sowie auch der Kläger die Mitfahrt von sich aus habe abbrechen können. Auch in einer an-

---

[50]) RG. 65, 313.
[51]) JW, 26, 2534.
[52]) Seuff. Bl. 72, 1084.
[53]) Warn. 15, Nr. 126; Leipz. Z. 19, Sp. 496; OLG. Kassel in Seuff. Arch. 61, Nr. 221; RG. Gruch. Beitr. 52, 414; RG. JW. 08, 108; Recht, 14, Nr. 1263 u. 1264.
[54]) Leipz. Z. 19, Sp. 496.

dern Entscheidung über die Gefälligkeitsfahrt weist das RG. [55]) auf den fehlenden Verpflichtungswillen hin. Es könne daraus, daß es unentgeltliche Verträge gäbe, nicht gefolgert werden, daß jede unentgeltliche Gewährung einer Gefälligkeit notwendig auf einem Vertragsverhältnis beruhe. Die Einladung zu einer Mitfahrt ist nach einer Entscheidung vom 25. 10. 06. [56]) einer Einladung zum Mittagessen gleichzusetzen. In beiden Fällen habe der Einladende nicht die Absicht, irgendwelche Pflichten zu übernehmen. Das entbinde den Gefälligen jedoch nicht von der absoluten Pflicht, für die Sicherheit seiner Gäste Sorge zu tragen und Gefahren von ihnen abzuwenden, eine Pflicht, auf die das RG. in einer späteren Entscheidung [57]) nochmals ausdrücklich hinweist. Eine Verletzung dieser Pflicht begründe jedoch außervertragliche Pflichten aus §§ 823 ff. Ein persönliches Interesse desjenigen, der die Gefälligkeit zusagt, läßt nach Ansicht des OLG. Stuttgart [58]) darauf schließen, daß der Versprechende sich habe verpflichten wollen. Das Gericht lehnt jedoch in einem Falle, in dem ein Fuhrmann den Kläger auf dem Wege zu dessen Arbeitsplatz hat aufsitzen lassen, das persönliche Interesse des Fuhrmanns und damit ein Vertragsverhältnis zwischen beiden ab.

Auch in andern Entscheidungen stützen die Gerichte [59]) die Ablehnung eines Vertrages bei der Gefälligkeitsfahrt auf den fehlenden Willen der Parteien, sich zu verpflichten, während sie namentlich in neueren Entscheidungen eine Untersuchung des vertraglichen Charakters der Gefälligkeitsleistungen nicht mehr vornehmen, sondern es als feststehend behandeln, daß die Gefälligkeit vertragliche Wirkungen zwischen Parteien nicht erzeugt.

So lehnt es das RG. in einer Entscheidung [60]) ab, in der Mitnahme in einem Kraftwagen einen Beförderungsvertrag zu erblicken mit der Begründung, es handele sich hier um eine Gefälligkeitsfahrt. [61])

In der Entscheidung vom 25. 1. 15. [62]) wird es von den Verhältnissen des Einzelfalls abhängig gemacht, ob es sich um vertragliche Beziehungen handelt oder nur um rein tatsächliche Vorgänge. So sei bei einer Spazierfahrt in der nächsten Umge-

---

[55]) Warn. E. 15, Nr. 126, S. 180.
[56]) Gruch. Beitr. 52, 414.
[57]) Seuff. Bl. 72, 1084.
[58]) Recht, 14, Nr. 1263, 1264.
[59]) RG. in JW. 08, 108; OLG. Kassel in Seuff. A. 61, Nr. 221.
[60]) JW. 32, 2025.
[61]) Aehnlich Warn. 09, Nr. 357; OLG Köln in JW. 31, 1975; OLG. Hamburg, 34, 147; RG. 128, 231; 141, 263; RG. in JW. 34, 2033.
[62]) Recht 15, Nr. 1327.

bung oder innerhalb der Stadt eine vertragliche Beziehung abzulehnen, während sie bei einer mehrtägigen Fahrt in eine entfernte Gegend bei gleichliegenden Verhältnissen zu bejahen sei.

Da die Gerichte regelmäßig nur mit Haftungsfragen aus den Gefälligkeitsbeziehungen der Parteien beschäftigt werden, haben sie in einigen Fällen [63]) die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen entweder offen gelassen oder garnicht berührt.

Aber nicht nur im Falle der Gefälligkeitsfahrt, sondern auch bei andern Gefälligkeitsleistungen wird von den Gerichten überwiegend die vertragliche Natur der zwischen den Parteien entstehenden Beziehungen geleugnet.

So hat das RG. in einer Entscheidung vom 17. 3. 30. [64]) die Veranstaltung einer Treibjagd als gesellschaftliche bezeichnet, bei der es sich beiderseits um Gefälligkeiten ohne rechtlichen Charakter handele. Insbesondere sei in der Uebernahme der Jagdleitung durch den Jagdgastgeber keine Erteilung eines Auftrags zu sehen. Daß der Veranstalter vor der Uebernahme die Zustimmung seiner Gäste einhole, genüge nicht zu einem Vertragsschluß.

Weiterhin ist nach Ansicht des OLG. Hamburg [65]) kein Vertrag zustandegekommen, wenn der Eisenbahnfiskus auf seinem Terrain den Spediteuren Eisenbahnwaggons zur Verfügung stellt, damit diese dort ihre Waren einlüden. Der klagende Spediteur hatte behauptet, daß mit der Bereitstellung der Wagen ein stillschweigender Verwahrungsvertrag über die eingeladenen Waren zustande gekommen sei. Als Begründung für die Ablehnung der vertraglichen Beziehungen führt das OLG. an das Fehlen der zum Abschluß eines Verwahrungsvertrages notwendigen Uebergabe. Aus der Bereitstellung der Wagen sei nicht auf eine Uebergabe der Waren zu schließen.

Auf die fehlende Absicht zur Begründung von Rechtsbeziehungen, insbesondere eines Auftrags weist das OLG. Stuttgart [66]) hin in einem Falle, in dem ein Mitglied eines Kriegervereins sich freiwillig unter Zustimmung der übrigen Mitglieder zum Salutschießen mit einem Böller erboten hatte.

Auch in dem Fall, in dem einem Gaste aus der Wirtschaft der Pelz gestohlen wird, hat das RG. [67]) das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages verneint. Zu demselben Ergebnis kommt es, als der Pelz in einem andern Fall [68]) aus dem Wartezimmer eines

---

[63]) z. B. RG. 68, 430; 54, 73; Seuff. A. 62, Nr. 255; Warn. 08, Nr. 157, 14, 259; 09, 22; Gruch. Beitr. 55, S. 343.
[64]) RG. 128, 39.
[65]) OLG. 13, 33.
[66]) Recht. 07, Nr. 868.
[67]) RG. 104, 45; 105, 202.
[68]) RG. 99, 35.

Arztes gestohlen wird. Eine Begründung für die Ablehnung des vertraglichen Charakters der entstandenen Beziehungen gibt das RG. jedoch nicht.

Auch in einem andern Fall, in dem der ins Feld ziehende spätere Beklagte seinen Nachbarn gebeten hat, sich während seiner Abwesenheit um die Wirtschaft zu kümmern, lehnt das OLG. Rostock in der Entscheidung vom 20. 3. 19.[69]) den Abschluß eines Vertrages ab. Die Verabredungen seien so allgemein gehalten, daß man nicht annehmen könne, die Parteien hätten eine rechtliche Bindung beabsichtigt.

Am umstrittensten sind jedoch die Fälle, in denen ein in die Gastwirtschaft einkehrender Gast sein Gespann in den Gaststall des Wirtes stellt. Eine Stellungnahme des RG. liegt hier nicht vor, was sich wohl daraus erklärt, daß die Revisionssumme regelmäßig nicht erreicht wird.

Das OLG. Kiel in der Entscheidung vom 20. 6. 08[70]) und das Kammergericht in der Entscheidung vom 15. 5. 07.[71]) bestreiten den Vertragscharakter des zwischen Wirt und Gast entstandenen Verhältnisses unter Hinweis auf den mangelnden Verpflichtungswillen auf Seiten des Gastwirts.

Während im Falle der Gefälligkeitsfahrt die Rechtsprechung fast übereinstimmend deren Vertragsnatur leugnet, erstreckt sich die Ablehnung des vertraglichen Charakters durchaus nicht auf alle Gefälligkeiten. Insbesondere der Fall der Einstellung fremder Pferde in den Stall eines Gastwirts wird von vielen Gerichten als Vertragsabschluß angesehen. Aber auch hier findet man wieder dieselbe Unterteilung wie im Schrifttum. Während ein Teil der Gerichte die Gefälligkeiten unter die im BGB. geregelten Vertragstypen bringen will, sieht die andere Ansicht in ihnen unbenannte Verträge eigener Art.

So vertritt das OLG.-Naumburg[72]) die Ansicht, daß in einer Gefälligkeitsfahrt ein Vertrag zu sehen sei, der unter keine der im BGB. geregelten Typen falle. Der Vertrag habe zwar Aehnlichkeit mit dem Werkvertrag, sei aber unentgeltlich. Auch enthalte er Merkmale der Schenkung und der Leihe. Auf ihn seien die Vorschriften über rechtsähnlich gestaltete Verträge anzuwenden. Auch das OLG. München stellt sich in mehreren Entscheidungen[73]) auf den Standpunkt, daß die Gefälligkeitsleistungen Verträge eigener Art seien und hat dies auch in einer Entschei-

---

[69]) OLG. 40, 320.
[70]) OLG. 18, 26.
[71]) OLG. 18, 26.
[72]) RdK. 31, 241.
[73]) OLG. 22, 331; 36, 97; 28, 211; Leipz. Z. 17, 1370.

dung vom 3. 3. 17. [74]) unter Berufung auf eine RG. Entscheidung vom 11. 10. 10. für die Gefälligkeitsfahrt ausgesprochen. Es läßt allerdings offen, ob es sich um Leihe oder um einen ähnlichen unbenannten Vertrag handelt.

Die Fälle der Einstellung fremder Pferde in den Gaststall eines Gasthauses sieht das OLG. München [75]) als einen Vertrag an, der dem Verwahrungsvertrag nahe kommt. Ein Auftrag läge mangels einer Geschäftsbesorgung nicht vor, die für einen Dienst- oder Werkvertrag erforderliche Dienstleistung fehle ebenfalls, sodaß auch keine dieser Vertragsarten vorliegen könne. [76]) Das OLG. Stuttgart [77]) steht ebenfalls auf dem Standpunkt, daß das Einstellen von Pferden in einen Gaststall ein besonderer Vertrag ist, sofern die Einstellung nicht nur in der Benutzung des Stalles besteht, sondern auch noch gewisse Dienste geleistet werden.

Auch das RG. [78]) hat sich im Anschluß an die Oberlandesgerichte der Meinung angeschlossen, die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gastwirt und dem die Pferde einstellenden Gast seien ein Vertrag. Dieser Vertrag sei aber weder ein eigentlicher Mietvertrag noch ein Verwahrungsvertrag, jedenfalls seien auf ihn die allgemeinen Grundsätze über Schuldverhältnisse anzuwenden.

Das OLG. Braunschweig [79]) kommt bei Ablehnung eines Verwahrungsvertrages zu dem Ergebnis, daß das Einstellen eines Gespanns in den Stall eines Wirts ein Vertrag eigener Art sei, der nach allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verhältnisse zu behandeln sei. Ein Verwahrungsvertrag sei darum nicht gegeben, weil das gewisse Maß von Aufsicht, daß der Wirt den Gegenständen gewähre und das zur Verfügung Stellen ihm nicht die Stellung eines Verwahrers gebe. [80])

Weiterhin hat insbesondere das OLG. Jena in einer Entscheidung vom 7. 11. 06. [81]) die Ansicht verfochten, daß die Unterbringung von Pferden im Stall eines Gasthofs einen unbenannten Vertrag besonderer Art hervorrufe. Seine Auffassung weicht insofern von der sonstigen Rechtsprechung ab, als es das Unterbringen der Pferde in dem Stall des Gastwirts im Zusammenhang mit dem Vertrag betrachtet, den der die Pferde einstellende Gast mit dem Wirt über die Gewährung von Speisen

---

[74]) Leipz. Z. 17, 1370.
[75]) OLG. 36, 97.
[76]) Ebenso in Seuff. A. 68, Nr. 233.
[77]) DJZ. 05, Sp. 176.
[78]) Warn. 10, Nr. 265.
[79]) DJZ. 04, Sp. 224.
[80]) Ebenso ohne nähere Begründung OLG. Augsburg. OLG. 36, 96.
[81]) Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 54, S. 8.

und Getränken schließt. Es lägen nicht selbständige, sondern ein einheitlicher Vertrag vor. Dieser Vertrag sei ein besonderer Vertrag, während das Einstellen der Pferde, an sich betrachtet, alle Merkmale der Sachmiete aufweise.

Einige Entscheidungen, so das OLG. München (Entscheidung vom 7. 11. 05.) [82]) und das OLG. Königsberg [83]) lassen die Frage der Rechtsnatur der zwischen dem Wirt und dem die Pferde einstellenden Gast entstehenden Rechtsbeziehungen offen.

Ein Fall, in dem ein Bauer seinem Nachbarn beim Dreschen half, lag dem OLG. Bamberg zur Entscheidung vor, [84]). Es kam zu dem Ergebnis, daß in einem solchen Falle ein Dienstvertrag vorläge, da die Leistung entgeltlich sei. Die Entgeltlichkeit sieht das OLG. in der Gewährung der Verpflegung und der möglichen Leistung von Gegendiensten. Für den Fall, daß man eine unentgeltliche Dienstleistung annehmen wollte, müsse man einen besonderen Vertrag annehmen.

Die Entscheidungen, die die Gefälligkeitsleistungen unter die benannten Vertragstypen bringen wollen, sind nicht sehr häufig.

Das OLG. Jena [85]) hat die Ansicht vertreten, daß die Gefälligkeitsfahrt ein Beförderungsvertrag sei. Es handelte sich darum, daß der Fahrer auf einer Zuverlässigkeitsfahrt einen Unparteiischen zugeteilt bekam und ihn zur Mitfahrt aufgenommen hatte. Sodann hat das preußische OVG. in einer Entscheidung vom 19. 11. 03. [86]) die unentgeltliche Ueberlassung eines Hauses zum Wohnen als Leihe angesehen. Das bei beiden Parteien vorherrschende Einverständnis, daß der eine Teil das Haus unentgeltlich bewohnen solle, führe zu einem Rechtsverhältnis, das alle Merkmale der Leihe trage.

---

[82]) Seuff. A. 61, 313.
[83]) Seuff. 59, 440.
[84]) OLG. 12, 84.
[85]) RdK. 27, 71.
[86]) DJZ. 04, Sp. 512.

III. Kapitel

Abgrenzung der Gefälligkeitsleistungen zu den Gefälligkeitsverträgen.

§ 8. Die Möglichkeit entgeltlicher Gefälligkeitsverträge.

Der das Schuldrecht des BGB. beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit bringt es mit sich, daß jede Verpflichtung zur Leistung zum Inhalt eines Vertrags gemacht werden kann. Die Grenzen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit sind da, wo die Vertragsfreiheit mit dem Zweck des Rechts, Ordner des äußeren Zusammenlebens der Menschen zu sein, in Widerspruch geraten würde. Darum sind alle Versuche, die darauf hinauslaufen, die gesetzten Schranken zu übertreten, von vornherein dadurch zur Unfruchtbarkeit verurteilt, daß der Gesetzgeber sie für nichtig erklärte und den Kontrahenten es damit unmöglich machte, wirksame Rechtsakte zu erzeugen, die nicht in den gesetzlich festgelegten Rahmen passen. Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt weiterhin, daß die Parteien nicht an die im Gesetz normierten Vertragstypen gebunden sind, sondern den Vertragsinhalt bestimmen können. So können die Parteien auch jeden Gefälligkeitsdienst zu einer vertraglichen Leistung bestimmen. Das Gesetz selbst gibt einzelne Beispiele von Verträgen, die Gefälligkeiten zum Gegenstand haben. Das sind insbesondere die Leihe, der Auftrag, die Schenkung und die unentgeltliche Verwahrung.

Darüber hinaus können jedoch auch alle andern gesetzlich festgelegten Schuldverhältnisse zu Gefälligkeitsleistungen umgewandelt werden. Bei einigen bietet schon das Gesetz selbst die Möglichkeit dazu, indem es diese Schuldverhältnisse sowohl als entgeltliche wie auch als unentgeltliche zuläßt. So ist z. B. das zinslose Darlehn eine Gefälligkeitsleistung, die im Gesetz erwähnt ist, während derselbe Vorgang durch das Versprechen von Zinsen entgeltlich gestaltet werden kann.

Die andern Schuldverhältnisse des BGB., die immer entgeltlich sein müssen, sind aber keineswegs von der Möglichkeit ausgeschlossen, zu Gefälligkeitsverträgen zu werden.

Es ist oben festgestellt worden, daß jede Leistung dadurch zu einer Gefälligkeitsleistung wird, daß der Leistende aus einem für den Empfänger freundschaftlichen Motiv heraus handeln

muß und daß dieses Motiv in der Leistung dadurch zum Ausdruck kommt, daß der Leistende mehr tut, als er tun muß; das besagt aber, daß der Gefällige entweder überhaupt unentgeltlich handelt oder sein Entgelt sich nicht als Aequivalent seiner Leistung darstellt. Es ist also auch möglich, entgeltliche Verträge aus Gefälligkeit abzuschließen und damit unter bestimmten Bedingungen zu richtigen Gefälligkeitsverträgen zu machen. Natürlich kann man auch eine vollentgeltliche Leistung aus Gefälligkeit erbringen. So handelt der Kaufmann, der einem Kunden eine Ware, die er sonst nicht führt, nachbestellt und zu dem üblichen Preis zuzüglich der ihm entstandenen Kosten überläßt, oder die Frau, die ihrer Freundin leichtverderbliches Gemüse, das diese nicht mehr verwenden kann, zu dem gewöhnlichen Marktpreise abkauft, möglicherweise aus Gefälligkeit; denn ihr Verhalten kann einem altruistischen Motiv entspringen. Um aber die Verträge zu Gefälligkeitsverträgen zu machen, müßte das Motiv auch in der Leistung selbst zum Ausdruck kommen. Daran fehlt es hier jedoch. Der Kaufmann hätte die Ware in jedem Fall zu dem berechneten Preis verkauft, und die Freundin hätte für das gleiche Gemüse, wenn sie es auf dem Markt gekauft hätte, dieselbe Summe gezahlt. Die Verträge sind zwar Kaufverträge aus Gefälligkeit, aber keine Gefälligkeitsverträge. [87])

Anders wäre es, wenn der Kaufmann auf Wunsch des Kunden die Ware bestellt, die ihm dadurch entstandenen Mehrkosten bei Berechnung des Preises aus Gefälligkeit nicht mit einkalkuliert hätte, oder wenn die Frau für das Gemüse zwar den ortsüblichen Preis bezahlt hätte, das Gemüse aber infolge des Lagerns nicht mehr so frisch gewesen wäre, wie das auf dem Markt feilgebotene. In diesen Fällen beschränkt sich die Gefälligkeit nicht nur auf ein freundschaftliches Gefühl, sondern äußert sich auch in einem Opfer und wird erst dadurch zu einer Gefälligkeitsleistung. Dieses Opfer ist nicht etwa notwendig, weil dadurch das freundschaftliche Gefühl in die Tat umgesetzt wird und dadurch eine gewisse Intensität des Entgegenkommens seitens des Gefälligen augenfällig wird, das über ein unverbindliches Mitgefühl hinausgeht, sondern weil erst jetzt das Motiv Inhalt der Leistung geworden ist und als rechtlich bedeutsam berücksichtigt werden kann. Es ist also festzustellen, daß die für einen Vertragstyp begrifflich notwendige Entgeltlichkeit kein unüberwindliches Hindernis ist, um diesen seiner Natur nach eigennützig gestalteten Vertrag zu einem Gefälligkeitsvertrag zu machen.

---

[87]) Böckel, Gefälligkeitsvertrag im Handwb. d. Rechtswissenschaft.

§ 9. Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf die entgeltlichen Verträge.

Ein Kaufvertrag verliert aber dadurch, daß er ein Gefälligkeitsvertrag wird, nicht seinen Charakter als Kauf; denn rein äußerlich gesehen ist in beiden Fällen nur insofern ein Unterschied vorhanden, als das Entgelt im ersten Falle höher ist als im zweiten. Es ist aber nicht so, daß es unabänderlich zum Wesen des Kaufvertrages gehört, daß Leistung und Gegenleistung sich wertmäßig die Wage halten müßten, daß also die Gegenleistung das Aequivalent der Hauptleistung darstellen müßte. Vielmehr ist es durchaus denkbar, daß die Hauptleistung weniger oder mehr wert ist, ohne daß dadurch das innere Wesen des Kaufvertrages berührt wird. Die in einem gültigen Vertrage zum Ausdruck kommende Gefälligkeit ist also nicht imstande, den Vertrag inhaltlich zu ändern.

Wer einem andern einen Vermögensvorteil zuwendet, kann das aus den verschiedensten Gründen tun; er kann die Absicht haben, durch die Zuwendung eine Schuld zu bezahlen oder einem andern eine Schenkung zu machen oder einen Uebereignungsanspruch auf eine Sache zu gewinnen oder dem andern ein Darlehn zu geben. In allen Fällen bestimmt sich die Natur des zwischen den Parteien entstehenden Schuldverhältnisse nach der getroffenen Zweckvereinbarung über die Zuwendung des Vermögensvorteils. Die Parteien können durch Vereinbarung den Vertragsinhalt selbst bestimmen und dadurch der Zuwendung eine bestimmte Wirksamkeit verleihen. Die wesentlichen Abweichungen der Parteivereinbarungen untereinander grenzen die einzelnen Verträge gegeneinander ab.

Nicht richtig ist es aber, zu sagen, eine Person wende einer andern einen Vermögensvorteil zu, um dieser einen Gefallen zu tun und dann daraus den Schluß zu ziehen, Inhalt derartiger Verträge sei die Gefälligkeit und jeder derartige Vertrag sei daher auch ein von den im Gesetz geregelten Vertragsarten verschiedener Gefälligkeitsvertrag.

Wenn die Vermögenszuwendung geschieht, um einen Uebereignungsanspruch zu gewinnen, so wählen die Parteien den Kaufvertrag, weil sie wissen, daß das Gesetz als Folge an den gültigen Kaufvertrag den Uebereignungsanspruch heftet. Geschieht sie jedoch, um dem andern gefällig zu sein, so bringen die Parteien eine neue subjektive Note in den Vertrag, die an sich nicht da ist. Die Parteien machen in einem solchen Falle das Motiv zum Vertragsinhalt.

Die rein objektive Folge eines Kaufvertrages ist der Uebereignungsanspruch. Das subjektive Moment aber, das den Käufer zum Abschluß des Kaufvertrages bewegt, bleibt im Dunkeln. Die

Rechtsordnung interessiert sich nicht dafür. Es kann durchaus verschieden sein. Man kauft Gegenstände, um sie selbst zu gebrauchen oder zu verschenken. Das alles ist für den Juristen gleichgültig.[88]) Erst dadurch, daß die Parteien ihre Beweggründe erklären und danach ihre Vereinbarungen durch Verhandlung bestimmen, gewinnen diese Bedeutung. Den objektiven Gehalt des Vertrages und dessen Folgen vermögen sie jedoch nicht zu ändern. Ob jemand einen Kaufvertrag schließt, um im Einverständnis mit dem Verkäufer diesem etwas zu verdienen zu geben oder weil er die Sache nötig hat, läßt den Kaufvertrag nicht zu einem besonderen Vertrag werden.

Die zum Vertragsinhalt gewordenen Motive haben nur insofern Bedeutung, als von ihnen die Gültigkeit des ganzen Vertrages abhängen kann. So macht das Versprechen einer Geldleistung aus unsittlichem Grunde den Vertrag nichtig. Ist ein Vertrag erst einmal gültig, so kann ein Beweggrund ihn inhaltlich nicht mehr verändern. Der Gefälligkeitskaufvertrag ist ein regelrechter Kaufvertrag. Ein Dissens über das Gefälligkeitsmoment kann den Kaufvertrag zerstören. Einmal gültig, wird er durch derartige Vereinbarungen nicht verändert. Die Gefälligkeitsvereinbarung rührt ja auch nicht an die wesentlichen Bestandteile des Kaufvertrages. Sie bringt nur neue Abreden zu den alten hinzu, indem sie weiter zurückliegende Momente, die sonst unbeachtlich sind, auch noch Vertragsinhalt werden läßt.

§ 10. Abgrenzung zum negotium mixtum.

Bei einem entgeltlichen Gefälligkeitsvertrag stehen sich zwei Leistungen gegenüber, von denen die Hauptleistung wertvoller ist als die Gegenleistung. Die Ungleichheit der Leistungen beruht auf einer Abmachung der Parteien. Der Leistende will dem Empfänger einen Vorteil zuwenden, ohne den entsprechenden Gegenwert zu erhalten. Dieselben Abreden finden sich aber auch beim negotium mixtum cum donatione.

Deshalb ist aber nicht jeder Gefälligkeitsvertrag ein negotium mixtum; denn ein solches liegt nur dann vor, wenn bei einem Umsatzvertrag die für die Leistung der einen Partei gewährte Gegenleistung abredegemäß nur für einen Teil jener Leistung als Entgelt anzusehen ist, der Restbetrag dagegen unentgolten bleiben soll.[89]) Die Hauptleistung kann verschiedener Art sein. Sie kann Kauf-, Miete-, Dienst- oder Werkvertrag oder Gesellschaft sein, sofern eine Verbindung mit einer Schenkung erfolgt.[90])

---

[88]) Ihering, Geist d. r, R., 5. Aufl., III, I, S. 210.
[89]) Oertmann, Anm. 9 zu § 516.
[90]) Skalka, Das negotium mixtum im gem. R. u. im BGB.

Aber gerade das letzte Erfordernis kann beim Gefälligkeitsvertrag fehlen. Die Schenkung als Teil des negotium mixtum muß alle Merkmale der richtigen Schenkung enthalten. Sie muß eine Entreicherung im Vermögen des Schenkers und eine Bereicherung im Vermögen des Beschenkten enthalten. Eine Bereicherung des Empfängers wird ja auch in aller Regel beim Gefälligkeitsvertrag vorhanden sein, notwendig ist das aber auch hier nicht. Vor allen Dingen kann es aber an einer Entreicherung des Gefälligen fehlen.

Wenn ein Hotelbesitzer seinem Freund ein Zimmer unter Preis überläßt und es infolgedessen nicht vermieten kann, so kann das ein negotium mixtum und ein Gefälligkeitsvertrag sein. In diesem Falle decken sich gemischte Schenkung und Gefälligkeitsvertrag. Ist dagegen der Vermieter ein Villenbesitzer, der ausnahmsweise sein Fremdenzimmer seinem Freund unter Preis vermietet, so kann das zwar ein Gefälligkeitsvertrag sein, aber keine gemischte Schenkung; denn der Villenbesitzer hätte sonst überhaupt nicht vermietet. Infolgedessen ist ihm durch das Vermieten unter Wert des Zimmers auch kein Gewinn entgangen. Damit entfällt ein Erfordernis der Schenkung und mit der Schenkung fällt auch das negotium mixtum.

Zur gemischten Schenkung gehört es also nicht, daß sich die Vertragsteile der Ungleichwertigkeit ihrer Leistungen bewußt sind und daß ein Vertragsteil sich lediglich aus Rücksicht für die Person des anderen bestimmen ließ, für seine Gegenleistung eine geringere Gegenleistung zu fordern als dem Wert der Hauptleistung entsprochen hätte.[91]) Es muß eine echte Schenkung in dem Vertrag enthalten sein. Entgeltlicher Gefälligkeitsvertrag und gemischte Schenkung sind also nicht dasselbe.

Wird ein Vertrag aus Gefälligkeit des Leistenden in der Form der gemischten Schenkung abgeschlossen, so ist das ein richtiger Gefälligkeitsvertrag. Denkbar ist jedoch, daß andere, nicht altruistische Gründe die Parteien veranlaßt haben, ihren Vertrag in die Form einer Schenkung zu kleiden. Dann fehlt es an dem Gefälligkeitscharakter der Leistung und der Vertrag ist kein Gefälligkeitsvertrag mehr.

Die Gebiete der gemischten Schenkung und des Gefälligkeitsvertrages überschneiden sich. Wenn ein Gefälligkeitsvertrag zugleich die Erfordernisse des negotium mixtum enthält, so sind auf ihn die Regeln über die gemischte Schenkung anzuwenden, da es einen festen Vertragstypus für den Gefälligkeitsvertrag nicht gibt. Der Gefälligkeitsvertrag kann die verschiedensten Leistungen zum Inhalt haben. Der Gefälligkeitscharakter gibt dem Vertrag nur eine besondere Tendenz.

---

[91]) RG. 101, 99.

Die besonderen Regeln, die sich für die Behandlung des negotium mixtum herausgebildet haben, machen es notwendig, die Grenzen des negotium mixtum festzustellen. Daß das negotium mixtum eine echte Schenkung enthalten muß, ist schon gesagt. Aber auch Verträge, die nur äußerlich ein negotium mixtum sind, in Wirklichkeit dagegen eine andere Parteivereinbarung enthalten, fallen nicht darunter. Das ist insbesondere die sog. venditio nummo uno. Der Kauf ist simuliert und der Vertrag ist eine reine Schenkung. Umgekehrt liegt ein reines negotium vor, wenn die Verbindung mit der Schenkung simuliert war. Alle Verträge, von denen ein Teil eine Schenkung ist und die geschlossen werden, um einem andern etwas zuzuwenden, sind negotia mixta und sind dann Gefälligkeitsverträge, wenn der unentgeltliche Teil des Vertrages aus Gefälligkeitsgründen eingegangen war.

§ 11. Vertragsarten, die Gefälligkeitsverträge sein können.

Es können jedoch nicht alle Verträge zu Gefälligkeitsverträgen werden.

Die Gefälligkeiten bedürfen immer der Vermittlung einer Willenserklärung, um nach außen sichtbar zu werden. Die Willenserklärung wird also nicht um ihrer selbst willen vorgenommen. Sie ist nur das Mittel des Gefälligen, dessen er sich bedient, um dem Empfänger der Leistung gefällig zu sein. Deshalb können alle Willenserklärungen, die lediglich darauf gerichtet sind, den Erfolg herbeizuführen, der durch sie unmittelbar erreicht werden soll, niemals Gefälligkeitsverträge sein. So kann die Begründung einer Ehe, die nur vorgenommen wird, um die Ehe zu begründen, nicht aber, um durch sie einen weiteren Erfolg herbeizuführen, niemals Gefälligkeitsvertrag sein.

Es bleibt die große Menge der Zuwendungen. Zuwendungen sind Willenserklärungen, durch die man das Vermögen einer anderen Person bereichert. Sie werden nicht vorgenommen, um durch sie die durch die Willenserklärung unmittelbar erreichte Wirkung zu erzielen, sondern nur, um durch sie als Mittel einen weiteren Rechtserfolg herbeizuführen. [92])

Die Zweckbestimmung des Mittels findet sich auch bei den Gefälligkeitsleistungen. Der Gefällige erbringt die Leistung in der Absicht, dem Empfänger auf diese Weise ein freundschaftliches Entgegenkommen zu zeigen. Wenn er die Absicht, gefällig zu sein, nicht gehabt hätte, hätte er die Leistung zu diesem Zeitpunkt und in dieser Form nicht erbracht. Der mit der Handlung beabsichtigte Erfolg ist aber zugleich der Beweggrund für

[92]) Enecc. Allg. Teil. § 139.

den Versprechenden. Das Motiv ist aber eine Ursache für die Willenserklärung, die ihrerseits erst wieder Ursache des erstrebten Erfolges ist. Daher ist der die Willenserklärung motivierende Zweck niemals direkt selbst causa eines Geschäfts, da er erst die causa auslöst. [93])

Das Motiv ist, wie oben dargelegt wurde, Inhalt des Gefälligkeitsvertrages; denn es ist im Vertrage enthalten und Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien. Wenn das Motiv nicht Verhandlungsthema zwischen den Parteien gewesen wäre, hätte es überhaupt keine Bedeutung.

Das Motiv einer Erklärung ist dem erstrebten Zweck gleichzusetzen. Der Beweggrund für die Vornahme einer Handlung besteht darin, daß der erstrebte Zweck durch sie als Mittel erreicht werden soll. Das Motiv ist also Ursache einer Handlung. Man pflegt es mit causa im subjektiven Sinne zu bezeichnen. [94]) Diese causa ist zu unterscheiden von der causa im objektiven Sinne, die die rechtliche Folge ist, die das Gesetz an einen bestimmten Tatbestand knüpft, [95]) so z. B. an den Kaufvertrag den Uebereignungsanspruch.

Hier ist das Wort causa in einem anderen Sinne gebraucht. Es ist der Beweggrund, der den Handelnden zu seiner Erklärung treibt. Es ist die Absicht des Handelnden. Nun ist nicht jede causa im subjektiven Sinne erheblich. Das Gesetz knüpft die Rechtserheblichkeit der causa an die Voraussetzung, daß sie Gegenstand einer Parteivereinbarung gewesen ist. [96]) Erst dadurch erhebt sie sich aus der Sphäre des Motivs zu einer rechtlich erheblichen causa, daß in ihr ein rechtsgeschäftlicher Wille zum Ausdruck kommt.

Gegenstand der Verhandlung ist der mit der Erklärung bestimmte Zweck. Der Zweck unterscheidet sich von dem Grund nur insofern als der Grund vor und der Zweck nach dem Geschäft liegend gedacht werden muß. [97]) Grund und Zweck sind aber tatsächlich dasselbe. Der Grund für den Abschluß eines Gefälligkeitsvertrages ist die Absicht, einem anderen einen Gefallen zu tun. Genau dasselbe ist aber auch der Inhalt des Zweckes. Der Vertrag bezweckt, dem andern Teil ein freundschaftliches Entgegenkommen zu zeigen. Daß die Gefälligkeit ein wesentlicher Teil der Verhandlungen war, ist weiter oben dargetan worden.

Diese Zweckvereinbarung ist also notwendig, um dem Zweck

---

93) Klingmüller, Der Begriff d. Rechtsgrundes, S. 9.
94) Enecc. I, § 139, I, 2.
95) Klingmüller, a. a. O. S. 9.
96) Enecc. a. a. O.
97) Klingmüller a. a. O.

des Rechtsgeschäfts den Erfolg nicht zu versagen. Die unentgeltliche Hingabe einer Summe kann als Schenkung oder als Darlehn gedacht sein. Um eines dieser Rechtsgeschäfte zur Entstehung kommen zu lassen, müssen die Parteien sich darüber geeinigt haben, welches Rechtsgeschäft gemeint ist. Einigen sie sich nicht, so tritt der erstrebte Erfolg nicht ein, auch wenn der andere Teil einen bestimmten Zweck mit der Hingabe verfolgte. Der Zweck, die causa im subjektiven Sinne, das Motiv sind nicht Gegenstand der Vereinbarung gewesen; infolgedessen tritt der beabsichtigte Erfolg nicht ein, und die Leistung, bestehend in der Hingabe des Geldes, ist ohne Rechtsgrund erfolgt.

Dieselbe Folgerung kann man bei den Gefälligkeitsverträgen ziehen. Der Gefälligkeitsvertrag hat als Bestandteil das Gefälligkeitsmoment in sich. Wenn jemand einem andern einen Vermögensvorteil zuwendet, und, um dem Leistungsempfänger gefällig zu sein, nicht den entsprechenden Gegenwert als Entgelt im Einverständnis mit dem Gegner verlangt, so leistet er nicht etwa, um wenigstens einen Teil des Gegenwertes zu erhalten, sondern um der Gegenpartei durch die Leistung unter den für ihn ungünstigen Bedingungen einen Gefallen zu tun. Hatte er jedoch von der ihn leitenden Absicht dem Gegner keine Kenntnis gegeben und dieser sich infolgedessen damit nicht einverstanden erklären können, so ist der Zweck des Geschäftes nicht erreicht, da keine Einigung über den Grund stattgefunden hat. Das kausale Geschäft ist nichtig. Wenn ein Autofahrer sich verpflichtet einen anderen mit seinem Auto mitzunehmen, der Fahrer einen Beförderungsvertrag meinte, der Wanderer aber den Vertrag als Gefälligkeitsvertrag auffaßte, so ist über die causa keine Einigung erzielt worden und ein Vertrag nicht zustande gekommen.

Es ist also gesagt worden, daß das Gefälligkeitsmoment Inhalt des Gefälligkeitsvertrages ist und daß es als im Vertrag enthaltener Zweck des Vertrages dessen causa ist. Da nun der Gefälligkeitscharakter eines Vertrages nur immer in dessen causa zum Ausdruck kommen kann, so ergibt sich, daß alle Verträge, die von der Kausalvereinbarung unabhängig sind, nicht Gefälligkeitsverträge sein können; denn der Grund wird nur dadurch zu einem Rechtsgrund, daß er Geschäftsinhalt wird. Verdrängt man jedoch den Anlaß einer Willenserklärung aus dem Inhalt des Geschäfts dadurch, daß man das Rechtsgeschäft von ihm abstrahiert, so sinkt die vordem rechtlich erhebliche causa wieder in die Rolle des rein tatsächlichen Motivs zurück und damit geht auch notwendig der Gefälligkeitscharakter eines Rechtsgeschäfts verloren.

Das Ergebnis ist also, daß nur Zuwendungen und davon nur

die kausalen Gefälligkeitsverträge sein können. Wenn jemand einem andern eine Sache übereignet, so ist der Grund der Uebereignung aus dem Uebereignungsgeschäft nicht zu ersehen. Eine Uebereignung aus Gefälligkeit gibt es aber nicht. Das geltende Recht läßt nur zu, daß die Parteien ein Uebereignungsverpflichtungsgeschäft aus Gefälligkeit abschließen. Dieses Verpflichtungsgeschäft ist ein unbenannter oder ein gesetzlich geregelter obligatorischer Vertrag. Die Uebereignung selbst kann niemals infolge ihrer abstrakten Natur eine besondere juristische Nuancierung wie das Verpflichtungsgeschäft aufweisen. Sie vollzieht sich immer in den gesetzlichen Formen und hat immer denselben Inhalt.

§ 12. Die Abgrenzung der Gefälligkeitsverträge von den rein tatsächlichen Leistungen.

Bei der Abgrenzung der Gefälligkeitsverträge von den rein tatsächlichen Leistungen handelt es sich darum, festzustellen, wie weit sich das Gebiet der Verträge ausdehnt und wo die Grenze ist, wo die Vorgänge des Lebens nicht mehr vom Recht erfaßt werden.

Es ist dies nicht nur ein Problem der Gefälligkeitsleistungen, sondern betrifft ganz allgemein die Frage, wann eine Vereinbarung mehrerer Personen noch ein Vertrag ist. Die Frage ist bei den Gefälligkeiten nur insofern besonders eingehend zu behandeln, weil hier eine einheitliche Linie der Abgrenzung der tatsächlichen Gefälligkeitsleistungen von den eigentlichen Verträgen nicht festzustellen ist.

Zwei große Meinungen stehen sich hier gegenüber. Die eine will die Gefälligkeitsverträge noch zu den Verträgen zählen, während die andere in ihnen schon rechtlich unerhebliche, rein tatsächliche Leistungen sieht. Um hier eine Entscheidung treffen zu können, ist es erforderlich, daß man das Wesen des Vertrags klarstellt.

Im BGB. ist eine Definition des Vertrages nicht enthalten. Der erste Entwurf hatte zwar in einem § 77 eine Bestimmung, die den Vertrag definierte. Im zweiten Entwurf wurde er jedoch wieder gestrichen mit der Begründung, daß er die Natur des Vertrages nur im Normalfalle erfasse und außerdem auch nicht geeignet sei, die Wissenschaft zu fördern. [98])

„Verträge sind diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Tatbestand die zusammenstimmenden, gegenseitig zum Bewußtsein gebrachten, auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung unter den Handelnden selbst gerichteten Willenserklärung mehrerer

[98]) Prot. I, S. 74.

Rechtssubjekte erfordert.“ [99]) Aus dem Erfordernis des Zusammenstimmens ergibt sich, daß die Erklärungen der Parteien sich inhaltlich ergänzen müssen. Eine Mehrheit von Willenserklärungen ist zwar erforderlich, jedoch sind die Willenserklärungen keine einseitigen Rechtsgeschäfte wie die Willenserklärungen des einseitigen Geschäfts, sondern sie sind Teile des einen Vertrages. [100])

Die Erklärungen brauchen nicht notwendig ihren Ausdruck in bestimmten Worten zu finden. Es genügt vielmehr, wenn aus dem ganzen Verhalten des Erklärenden dessen Wille in eindeutiger Weise ersichtlich ist. An sich ist es zwar erforderlich, daß der Wille nach außen in Erscheinung tritt, daß also derjenige, der den Entschluß faßt, zu einer Handlung genötigt wird, um seinen Entschluß der Umwelt mitzuteilen.

Die Motive der Erklärung können bei beiden Parteien verschieden sein und sind es auch regelmäßig. Sie sind meist völlig entgegengesetzt, weil jede Partei aus dem Vertrage für sich den größten Vorteil herausschlagen will. Nötig ist die Verschiedenheit der Motive aber nicht. Es ist durchaus denkbar, daß der Gegner „die Zwecke des andern in die seinigen aufnimmt“ [101]). Gerade die Gefälligkeitsleistungen haben die Eigentümlichkeit, daß die Motive auf beiden Seiten gleich sind. Der Gefälligkeitsempfänger übernimmt das uneigennützige Motiv des Versprechenden. Auf der Seite des Empfängers wird das Motiv dann notwendig ein egoistisches. Anders wäre eine Gleichheit der Motive bei Gefälligkeitsleistungen auf beiden Seiten nicht denkbar.

Anders als bei den Motiven einer Willenserklärung liegt es bei dem zu erklärenden Willen. Jede Partei macht sich den Willen der andern Partei zu eigen [102]) und muß das auch, da ohne dies eine Einigung nicht zustande käme. Der Wille der Parteien ist aber auch von dem Motiv verschieden. Der Wille geht darauf aus, die bestimmte Handlung vorzunehmen, während das Motiv über die Handlung hinaus durch sie einen bestimmten Zweck verfolgt.

Das Uebereinstimmen der Willenserklärungen allein ist jedoch noch nicht genügend, um einen obligatorischen Vertrag zu begründen. Vielmehr ist entscheidend für das Vorliegen eines Vertrages die rechtliche Verbindlichkeit desselben. In der Verbindlichkeit liegt das Wesen des Vertrages. [103]) Der Gegensatz

---

[99]) Staud., Vorbem. zu § 145, 1.
[100]) Enecc. § 137, II.
[101]) Hoeniger. Untersuchung z. Probl. d. gem. Vertr. § 8, IV.
[102]) Staud. Einl. vor § 145, I.
[103]) Staud. Einl. zum II. Abschn.

ist die einseitige Willenserklärung. Sie ist grundsätzlich nicht verbindlich.[104]) Eine Abrede ohne Verbindlichkeit ist also niemals ein Vertrag.

Vor der Erörterung der Frage, in welchem Maße Gefälligkeitsleistungen Verträge sind, ist noch zu bemerken, daß diese Erörterung sich nur auf das Gefälligkeitsversprechen beziehen kann; denn nur der bindende Charakter des Versprechens ist maßgebend für die Entstehung eines obligatorischen Vertrages. Die Erfüllung kann nur dann verlangt werden, wenn die Verpflichtung des Versprechenden im Rahmen eines Vertrages und damit bindend erfolgte.

Es ist festgestellt worden, daß jedes Schuldverhältnis, soweit es eine kausale Zuwendung ist, ein Gefälligkeitsvertrag sein kann. Umgekehrt kann ebenfalls jede Gefälligkeitsleistung unter bestimmten Voraussetzungen von den Parteien zu einer vertraglichen Leistung gemacht werden.

Man kann aber nicht soweit gehen, in jedem Gefälligkeitsdienst, wie vielfach geschieht, einen regelrechten Vertrag zu sehen. Insbesondere Krückmann steckt die Grenzen des Vertrages sehr weit. Nach ihm[105]) ist jede Gefälligkeitsleistung unter die Vertragsarten des BGB. zu bringen und zwar entweder als reine BGB.-Typen oder als Mischverträge. Grundsätzlich sei keine einzige Gefälligkeitsabrede der rechtlichen Normierung entzogen. „Wer Mischverträge anerkennt, kommt schlechterdings nie in Verlegenheit".[106]) Aber gerade hieran scheitert die Krückmannsche Theorie, nach der keine einzige Möglichkeit des Gefälligkeitsvertrages vom Gesetzgeber übersehen ist. Krückmann steht auf dem Standpunkt, daß für den Charakter eines Mischvertrages das Recht maßgebend sein solle, das für das hervorragendste Element des Mischvertrages bestimmend sei. Alle Elemente anderer Vertragstypen müßten hinter dem hervorstechendsten Vertragstyp zurücktreten.

Von Mischverträgen kann man jedoch nur reden, wenn der Vertrag sich aus den Tatbeständen verschiedener Vertragstypen zusammensetzt. Die Tatbestände lassen sich genau unter im Gesetz geregelte Tatbestände subsumieren. Wie Hoeniger[107]) aber nachgewiesen hat, versteht Krückmann unter Mischverträgen etwas ganz anderes, seine Mischverträge sind „Zwischenformen zwischen den gesetzlichen Tatbestandsstücken", sog. „zwischentypische Leistungen"[108]). Ihre Tatbestände lassen

---

104) Staud. a. a. O.
105) Seuff. Bl. 74, S. 113 ff. JW. 32, 3688.
106) Krückmann, Seuff. Bl. 74, a. a. O.
107) Probl. d. gemischten Vertr. S. 333.
108) Hoeniger, a. a. O.

sich nicht unter gesetzlich geregelte Vertragstatbestände bringen, was gerade im Gegensatz dazu bei den Mischverträgen immer der Fall ist. Sie sind ein Konglomerat von einzelnen Elementen, die aus den Tatbeständen heraus gewonnen und in einer Weise kombiniert sind, das sie den Elementen des Vertrages, dem sie entnommen sind, nicht mehr entsprechen. Als was sie sich im einzelnen darstellen, ist hier nicht zu untersuchen, es genügt die Feststellung, daß die Ansicht Krückmanns sich nicht halten läßt, das seine Vertragsgebilde keine Mischverträge sind. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß Gefälligkeitsverträge keine Mischverträge sein können, sondern nur, daß die von Krückmann aufgestellte Behauptung, alle Gefälligkeitsverträge, die nicht vollständig unter die gesetzlichen Vertragstypen passen, seien Mischverträge, abzulehnen ist. An sich können auch Gefälligkeitsverträge durchaus gemischte Verträge sein. So liegt ein gemischter Gefälligkeitsvertrag vor, wenn z. B. jemand einem aus seiner Wohnung exmittierten Freund ein Zimmer bei sich einräumt und sich verpflichtet, ihn darin wohnen zu lassen und zu beköstigen bis dieser eine neue Wohnung gefunden hat. Weiterhin ist die aus Gefälligkeit erfolgende gemischte Schenkung auch ein Gefälligkeitsvertrag oder die vertragliche Beförderung für ein Gegengeschenk, das wegen seines geringen Wertes nicht dem Entgelt für die Fahrt entspricht.

Es ist bisher nur untersucht worden, ob die Ansicht, daß alle Gefälligkeitsverträge sich unter die Vertragstypen des Gesetzes oder ihre Mischformen subsumieren lassen, zu halten ist. Die Frage wurde verneint und zwar scheiterte diese Meinung an den Mischverträgen. Mit Ablehnung dieser Ansicht ist aber die Vertragsnatur der Gefälligkeitsleistungen noch nicht erschüttert. Vielmehr fragt es sich jetzt, ob sich die Gefälligkeitsleistungen nicht wenigstens als unbenannte Verträge halten lassen.

Es ist insbesondere v. Blume [109]), der diesen Standpunkt vertreten hat. Er lehnt zwar ausdrücklich die Subsumierung aller Gefälligkeitsleistungen unter die gesetzlichen Vertragstypen ab, sieht aber in ihnen richtige Verträge, allerdings Verträge, die nicht die Wirkung haben, den Versprechenden zu verpflichten, sondern nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ausschließen. Doch schließt er sämtliche Gefälligkeiten aus, die nicht irgendeine Wirkung auf Rechtsgüter ausüben. Sie lägen außerhalb der Rechtssphäre. V. Blume zählt hierher die Erteilung eines freundschaftlichen Rates und die Bereitung ästhetischer Genüsse.

V. Blume geht von einem andern Vertragsbegriff als dem der herrschenden Lehre aus. Es ist hier gesagt worden, daß das

[109]) Recht, 08, S. 649.

Wesen des Vertrages in seiner Wirkung liegt, die Kontrahenten zu verpflichten. Uebereinstimmende Erklärungen genügen nicht, um einen Vertrag zu begründen. Im Gegensatz dazu läßt v. Blume es bei den übereinstimmenden Erklärungen bewenden. „Und da beiderseitiges Einverständnis vorliegt, so handelt es sich um einen Vertrag". [110]) Von einer bindenden Wirkung des Vertrages ist keine Rede, es sei im Gegenteil eine Eigentümlichkeit des Gefälligkeitsvertrages, daß er nicht verpflichte.

Die Lehre v. Blumes weicht bis zu diesem Punkte in ihren Wirkungen in keiner Weise von der herrschenden Meinung ab. Der Unterschied liegt darin, daß v. Blume schon das Gebilde als Vertrag bezeichnet, was die andern noch als rein tatsächlichen Vorgang bezeichnen. Beide Meinungen lehnen aber die Verpflichtung des Leistenden ab und lassen die Handlungen des Empfängers als rechtmäßig erscheinen, da der Versprechende eingewilligt habe; nur behauptet die eine Ansicht, die Rechtmäßigkeit der Handlung resultiere aus dem Gefälligkeitsvertrag, während die andere das aus der Gestattung durch den Gefälligen herleitet.

Die Folgerungen, die sich aus den abweichenden Auffassungen ergeben, führen jedoch zu andersgearteten Ergebnissen, insbesondere aus dem Umstande, daß v. Blume den Gefälligkeitsvertrag als Haftungsgrundlage nimmt, während die den Gefälligkeitsvertrag Ablehnenden das außerkontraktliche Verschulden für die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche heranziehen.

Gegen die Auffassung der Gefälligkeitsleistungen als Vertrag spricht die Erwägung, daß die gesellschaftlichen Beziehungen nicht dem Rechte unterworfen werden sollen, da dieses Gebiet unseres Lebens durch die ständig wechselnden Normen der Sitte beherrscht und geordnet wird, und das Recht mit seinem Zwang hier fehl am Platze wäre. Das Gesellschaftsleben ist nicht geschäftsmäßig und läßt sich daher nicht rechtlich ordnen. [111]) Diese Erwägungen können natürlich dazu führen, daß man aus ihnen als Folge ableitet, daß die Gefälligkeitsleistungen nicht durchweg vertraglicher Natur wären; denn jedes Uebereinkommen mehrerer Personen ist bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen ein Vertrag. Ob in dem konkreten Falle die vertragliche Natur der Beziehungen erwünscht ist, spielt dabei keine Rolle.

Was aber die Annahme eines besonderen Gefälligkeitsvertrages, wie ihn v. Blume auffaßt, unmöglich macht, ist die Annahme eines nichtverpflichtenden Vertrages. V. Blume nimmt

---

[110]) v. Blume, a. a. O.
[111]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 12, 19 ff.

schon dann einen Vertrag an, wenn beiderseitiges Einverständnis über die Willenserklärung vorliegt. Nicht ausdrücklich gesagt, aber anzunehmen ist, daß er das Einverständnis der Parteien auf die notwendige Absicht bezieht, eine Willenseinigung untereinander zu erzielen, und sie nur deshalb die Erklärungen abgeben.[112]) Die zum Abschluß eines Vertrages notwendigen Voraussetzungen sind damit aber nicht erfüllt. Es genügt nicht, daß die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen abgeben. Sie müssen vielmehr auch ihre Wirkung für die Zukunft festlegen, d. h. die Willensserklärungen in bindender Absicht abgeben. Einen Vertrag wie ihn v. Blume annimmt, gibt es nicht.

Gegen v. Blume wendet sich Träger[113]), der der Annahme eines Gefälligkeitsvertrages vorwirft, sie führe zu unbilligen Ergebnissen.

Insbesondere weist auch Leonhard[114]) darauf hin, daß in der Tatsache, daß der Gefälligkeitsempfänger bei Vornahme der Gefälligkeit nicht widerrechtlich handele, doch eine Verpflichtung des Gefälligen läge, die den Inhalt habe, die Vornahme der Handlung durch den Empfänger zu dulden. Allerdings behandelt Leonhard nur die Gefälligkeitsverträge, bei denen die Gefälligkeit des Versprechenden lediglich in einer Einwilligung, in die Vornahme einer Handlung durch den andern besteht. Auf die Fälle, in denen der Gefällige selbst positiv handelt, geht er nicht ein, nur daß er den rechtlichen Charakter rein gesellschaftlicher Gefälligkeiten verneint. Aus seinem Gegensatz zu v. Blume, der Gefällige übernehme doch eine Verpflichtung, kommt Leonhard zu dem Ergebnis, daß auch die Gefälligkeitsverträge bindende Wirkung hätten. Die Verpflichtung habe zum Inhalt, die Gestattung einer Handlung und schließe daher die Rechtswidrigkeit aus.

Eine Einschränkung macht Leonhard aber, indem er für die von ihm mit Gestattungsverträgen bezeichneten Gefälligkeitsverträge das Erfordernis aufstellt, sie müßten in die Zukunft wirken. So sei die Erteilung der Erlaubnis, eben mal durch einen Garten zu gehen, nicht verpflichtend, weil die sofort vorgenommene Handlung keine Wirkung für die Zukunft habe und deshalb auch kein Raum für eine Verpflichtung bleibe.

Diese Einschränkung ist meines Erachtens nicht zutreffend; denn die Verpflichtung, die eine Gestattung zum Gegenstand hat, macht jede Handlung rechtmäßig, gleichgültig, ob sie jetzt oder später vorgenommen wird. Wenn jemand einem andern gestattet, eben durch seinen Garten zu gehen, so verpflichtet er

---

[112]) v. Tuhr, A.-T. II, 1, § 53, II, 5.
[113]) Träger, Verhandl. z. deutsch. Jurist.-Tag, Bd. II, S. 141.
[114]) Allgem. Schuldr. § 31.

sich doch, den andern durchzulassen. Wenn der andere bittet, am Abend nach seiner Rückkehr aus der Stadt, den Weg durch den Garten zu benutzen, so hat die Verpflichtung des Gestattenden in beiden Fällen denselben Inhalt, den Weg durch den Garten in einem bestimmten Zeitpunkt, sofort oder später, zu dulden. In beiden Fällen liegt auch eine Fortwirkung in die Zukunft: denn in beiden Fällen erfolgt die Duldung in einem späteren Zeitpunkt als die Verpflichtung, mag der Zeitraum auch noch so gering sein. Wenn man schon einen Vertrag annimmt, muß man in beiden Fällen einen annehmen. [115])

Einen bindenden Charakter des Gefälligkeitsvertrages nimmt auch Geigel [116]) an. Nach seiner Ansicht liegt das Entscheidende in der Verpflichtung. Wenn der Gefällige die Gefälligkeitsleistung verspreche, so sei er eben verpflichtet. Es sei ein Widerspruch, zu behaupten, man verspreche etwas, wolle es aber nicht halten.

Von diesem Gedanken auf den bindenden Charakter der Gefälligkeitsleistungen zu schließen, ist aber nicht richtig. Es ist nicht so, daß der Gefällige sagt, er wolle zwar versprechen, aber das Versprechen nicht halten. Vielmehr sind die Gefälligkeitsversprechen auf Seiten des Gefälligen in der Regel durchaus ernst gemeint, aber das Versprechen erzeugt keine rechtliche Verpflichtung. Wenn ein Nachbar einem Bekannten verspricht, er werde ihm beim Dreschen helfen, oder wenn ein Tagelöhner verspricht, während der Ernte auf dem Gute Arbeit zu leisten, so liegt der Gehalt beider Erklärungen auf ganz verschiedenen Ebenen. Kommt der Tagelöhner nicht, so kann der Bauer auf Leistung klagen und Schadensersatzansprüche auf Grund des zwischen ihm und dem Tagelöhner abgeschlossenen Dienstvertrages geltend machen. Läßt ihn aber der Nachbar im Stich, so hat er keinen klagbaren Anspruch. Er kann nicht aus einem

---

[115]) M. E. ist aber die Argumentation Leonhards gegen v. Blume auch in anderer Beziehung nicht gerechtfertigt; denn v. Blumes Gefälligkeitsvertrag hat zum Ziel, die Handlung des Gefälligkeitsempfängers zu rechtfertigen. Die Handlung, an sich rechtswidrig, wird durch die Einwilligung rechtmäßig. Die Einwilligung besagt nur, daß der Gefällige die Handlung vornehmen darf, nicht aber, daß er sie unter allen Umständen dulden muß; denn gerade das lehnt v. Blume ausdrücklich ab. Nach v. Blume sagt der Gefällige: „Wenn ich dir die Mitfahrt auf dem Wagen gestatte, so soll das rechtmäßig sein und ich habe keine Ansprüche aus Kondiktion. Ob ich dich aber mitfahren lasse, steht durchaus in meinem Belieben; denn ich bin zu nichts verpflichtet." Leonhard sagt hier aber, der Gefällige habe bei Abschluß eines solchen Vertrages doch eine Pflicht übernommen, die darin besteht, daß er den Gebrauch des andern dulden muß. Leonhard bringt hier einen Gedanken in den v. Blumeschen Gefälligkeitsvertrag, der nicht darin enthalten ist. Eine andere Frage ist natürlich die, ob der v. Blumesche Gefälligkeitsvertrag überhaupt noch ein Vertrag ist.

[116]) S. (63). Seuff. Bl. 77, 37.

Vertrage Leistung oder Ersatz eines ihm entstandenen Schadens verlangen. Der Grund liegt nicht darin, daß das Versprechen nicht ernst gemeint war, sondern darin, daß das Versprechen des Nachbarn keine rechtlichen Verpflichtungen erzeugte. Es erfolgte in einem ganz andern Rahmen, in dem der gesellschaftlichen Beziehungen. Die gesellschaftlichen Beziehungen sind aber dem Rechte entzogen, weil auf diesem Gebiet der geschäftliche Charakter der Rechtsbeziehungen fehlt. [117])

Die freundschaftlichen Hilfeleistungen würden auch sehr nachlassen, wollte man sie nach der Art der Rechtsgeschäfte behandeln. Der Nachbar hätte wahrscheinlich die Hilfeleistung bei seinem Bekannten abgelehnt, wenn er damit hätte rechnen müssen, daß er bei Nichteinhaltung seines Versprechens verklagt werden könnte.

Dasselbe Argument läßt sich gegen Klein anführen [118]), der in einem Versprechen einen Mitreisenden an einer bestimmten Station zu wecken, einen obligatorischen Vertrag sieht. Wenn der Gefällige sein Versprechen nicht hält, so hat es dabei sein Bewenden. Der Empfänger des Versprechens kann nicht auf Schadensersatz klagen, wenn er infolge des nichtgehaltenen Versprechens zu weit fährt und dadurch einen Schaden erleidet. Der Gefällige denkt gar nicht daran, ein bindendes Versprechen abzugeben.

Insoweit hat v. Blume recht als er erkennt, daß der Gefällige keine Verpflichtung auf sich nimmt. Sein Fehler besteht hauptsächlich in der Annahme, daß eine Vereinbarung ohne Verpflichtung schon ein Vertrag sei.

Die Tatsache, daß man einen Bekannten, den man aus Gefälligkeit mitgenommen hat, nicht unterwegs fern von seiner Wohnung aussetzen darf, beweist noch nicht, wie Leonhard behauptet, daß die Gefälligkeitsfahrt auf vertraglicher Grundlage beruhe. Die Verpflichtung ist nicht vertraglicher Art. Sie hat ihren Grund in der allgemeinen Pflicht, die jedem aufgibt, den angerichteten Schaden zu ersetzen, den er bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des andern hätte verhüten müssen. [119])

§ 13. Die Grenzen des Vertrages.

Es ist festgestellt worden, daß die Vertragsnatur einer Vereinbarung von der das Wesen des Vertrags abmachenden Absicht der Parteien, sich rechtlich zu binden, abhängig ist und daß in vielen Fällen der Gefälligkeitsvereinbarungen diese Absicht fehlt, sodaß man eine Gefälligkeitsvereinbarung nur immer

[117]) Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 12, 23.
[118]) Seuff. Bl. 74, 26.
[119]) RG. in Seuff. Bl. 72, 1084; Gruch. Beitr. 52, 414.

dann als Vertrag auffassen kann, wenn der bindende Charakter des Versprechens feststeht.

Die Grenze zwischen den Gefälligkeitsleistungen tatsächlicher Art und den eigentlichen Gefälligkeitsverträgen ist da zu ziehen, wo der Verpflichtungswille eines Kontrahenten aufhört. „Ohne Verpflichtungswille keine Vertragsschuld. Der Wille, eine sittliche oder Anstandspflicht zu übernehmen, ist aber noch kein Wille eine Rechtspflicht zu begründen". [120])

Die Frage, ob eine Handlung juristisch erheblich ist oder nicht, steht nicht im Belieben der Parteien, sondern ist eine Frage der rechtlichen Ordnung. Die Ausschließung des Willens, sich zu binden, kann bei Abschluß der Vereinbarung von den Parteien ausgemacht werden. Die Kontrahenten nehmen damit ihrem Uebereinkommen die rechtliche Bedeutung. Die Vereinbarung bleibt im rein tatsächlichen stecken. Die Parteien können zwar ihre Vereinbarung rechtlich erheblich gestalten, wählen sie aber eine Form, die keine rechtliche Bedeutung hat, so wird die Handlung auch rechtlich niemals erheblich. Wenn jemand eine Sache kauft, aber ausmacht, nicht an die Abmachungen gebunden zu sein, dann liegt gar kein Kaufvertrag vor.

Umgekehrt ist nicht immer dann, wenn die Parteien sich rechtlich verpflichten wollen, ein Vertrag gegeben. Das ist dann der Fall, wenn die Leistung entweder den gesetzlichen Schranken der Vertragsfreiheit zuwiderläuft oder wenn sie kein schutzwürdiges Interesse zum Gegenstand hat. Die Grenzen der Vertragsfreiheit sind im Gesetz selbst genannt. Ihre Ueberschreitung läßt überhaupt keinen Vertrag zustande kommen. Auch ein Verpflichtungswille der Parteien könnte daran nichts ändern.

Es gibt Lebenskreise, die ihrer Natur nach nicht dem rechtlichen Zwang unterliegen. Dahin gehören die Gebiete des rein gesellschaftlichen Lebens ebensogut wie die der Religion. Genau so wenig wie man jemand zu einer religiösen Handlung gewaltsam durch rechtliche Bindungen anhalten kann, weil es unserer Gesellschaftsordnung widerspricht, genau so wenig läßt sich das gesellschaftliche Leben in juristische Formen zwängen. [121]) Das Versprechen, in Zukunft nicht mehr zu rauchen oder die Zusage des ersten Walzers können nicht durch den Willen der Versprechenden in Vertragsform rechtlich erzwingbar gestaltet werden, weil derartige Versprechungen innerhalb eines Lebenskreises abgegeben werden, der außerhalb des Rechts liegt. Würde sich der Versprechende ausdrücklich verpflichten, so könnte das auf die juristische Bewertung der Leistung keinen

---

[120]) Eck, Vorträge, II. Buch, I. Kap. S. 234, Anm. 1.
[121]) Kohler, Arch. f. bürg. Rechte. Bd. 12, 23 ff.

Einfluß haben. Ein rechtliches Versprechen auf den ersten Walzer gibt es nicht, weil es sinnlos wäre.

Es ist aber auch denkbar, daß eine rechtliche Bindung an eine versprochene gesellschaftliche Handlung sittenwidrig und deshalb nach § 138 BGB. nichtig wäre. So kann die Vereinbarung, sich um eine staatliche Auszeichnung für einen andern zu bemühen, nach einer Entscheidung des OLG. Nürnberg [122]) nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein, weil die Ordensverleihung lediglich nach der Leistung des Bedachten vorgenommen werden sollte und die Bemühung dafür dieses Prinzip durchbrechen würde und leicht zu einem Geschäft für denjenigen, der auf die Verleihung hinwirkt, geworden wäre. Die Möglichkeiten, daß solche Leistungen als Gefälligkeitsverträge aufgefaßt werden könnten, verneint das Gericht in seiner Entscheidung nicht schlechthin; in einem solchen Falle scheitere aber die Gültigkeit des Vertrages an der in ihm enthaltenen Sittenwidrigkeit.

Das Prinzip, das in diesem Urteil ausgesprochen ist, besagt also, daß es Lebenskreise gibt, die der Rechtssphäre vollkommen entrückt sind und daß es sittenwidrig wäre, diese Gebiete trotzdem unter die zwingenden Normen des Rechts zu bringen. Es sind dies insbesondere die Gebiete des geselligen Lebens. Hier werden Versprechungen abgegeben, deren gewaltsame Durchsetzung unserer Gesellschaftsordnung widerspräche und das gesellige Leben weitgehend vernichten würde. Die Einordnung derartiger Zusagen in das Gebiet des Rechts ist deshalb weitgehend als sittenwidrig abzuweisen. Der Staat hat nicht die Aufgabe, Handlungen zu erzwingen, die nach der Anschauung des Volkes außerhalb des Rechts liegen. [123])

Es sind aber Fälle denkbar, in denen die rechtliche Verbindlichkeit eines Versprechens, das eine außerhalb der Rechtsordnung liegende Handlung zum Gegenstand hat, nicht unbedingt den guten Sitten widerspricht. Dann läge nach den bisherigen Ausführungen ein richtiger obligatorischer Vertrag vor, gegen dessen gerichtliche Geltendmachung an sich nichts einzuwenden wäre. Eine Durchsetzung dieses Versprechens mit Hilfe der staatlichen Organe würde jedoch als Unbilligkeit angesehen werden.

Windscheid-Kipp [124]) will auch diese Fälle unter § 138 BGB. bringen und als Verstoß gegen die guten Sitten ansehen, daß der Versprechensempfänger den Versprechenden dem Rechtszwange aussetze, ohne ein berechtigtes Interesse an der Leistung

---

[122]) Bayer. Zeitschr., 1912, S. 116.
[123]) Enecc. II, § 1, II, 2.
[124]) Lehrb. d. Pandektenr., § 251, II, 2.

zu haben. Diese Ansicht ist aber m. E. zu hart. Man kann nicht immer, wenn jemand von einem andern eine Leistung fordert, ohne ein ernstes Interesse an ihrer Erbringung zu haben, mit einem der schwersten Nichtigkeitsgründe, der Sittenwidrigkeit, den Versprechensempfänger abweisen. Er will ja letztlich nur die ihm versprochene Leistung durchsetzen.

Wenn ein Ehemann seiner Frau verspricht, keinen Alkohol mehr zu trinken und beide ausdrücklich die rechtliche Verbindlichkeit dieses Versprechens vereinbaren, so ist die Frau damit doch nicht in die Lage versetzt, gegen den Mann im Klagewege vorzugehen. Es ist schon gesagt worden, daß derartige Versprechen auch nicht durch ausdrückliche rechtliche Verpflichtung rechtlich erheblich werden können, sondern rein tatsächliche Vorgänge bleiben. Der Grund hierfür liegt aber nicht darin, daß ihre Geltendmachung ein Verstoß gegen die guten Sitten wäre, sondern darin, daß das Rechtsschutzinteresse für den Versprechensempfänger fehlt; denn jede Obligation hat den Zweck ein Interesse zu befriedigen. Wenn der Zweck der Obligation erreicht ist, muß sie untergehen.

Das Interesse des Gläubigers ist also die Tatsache, die der Obligation erst ihre Zwecksetzung ermöglicht. Bei Fortfall des Gläubigerinteresses geht der Obligation ihr Zweck verloren und mit dem Zweck muß auch die Obligation stürzen.[125]) Ohne ein Interesse des Gläubigers auf Befriedigung gibt es also keine Obligation.

Deshalb definiert auch Eneccerus[126]) die Obligation als „das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere bestimmte Person, den Schuldner, auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Gläubigers." Diese Definition schränkt das Wesen der Obligation insofern ein, als sie verlangt, daß das Interesse des Gläubigers ein schutzwürdiges sein muß. Die Schutzwürdigkeit richtet sich nicht nach dem Geldwert, den die Leistung für den Gläubiger hat.

Im gemeinen Recht herrschte Streit darüber, ob das Privatinteresse des Gläubigers einen Geldwert haben müsse. Das BGB. verlangt mit Absicht keinen Geldwert. Die Beschränkung der Leistungen auf solche mit Vermögenswert wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt.[127]) Die Forderungsrechte des Gläubigers können also auch nichtvermögensrechtlichen Charakter haben.

Wann ein Interesse schutzwürdig ist, läßt sich allgemein nicht sagen. Dasselbe Interesse kann sich in einem Falle als

---

[125]) Hartmann, Die Obligation, S. 53 ff.
[126]) Enecc. II, § 1.
[127]) Mot. II, S. 5.

bloße Laune darstellen, während es im andern durchaus schutzwürdig ist. Das Versprechen z. B. nicht mehr innerhalb einer bestimmten Zeit Klavier zu spielen, enthält nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn der Versprechensempfänger ein subjektives Bedürfnis auf Einhaltung des Versprechens hat z. B. Schonung bei Krankheit.[128]) Eine Entscheidung muß im Einzelfall der Richter auf Grund der Generalklausel des § 242 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte treffen.[129]) Das Versprechen eines Vegetariers, kein Fleisch mehr zu essen, der Mitglieder eines Sprachvereins, kein Fremdwort mehr zu gebrauchen, eines Redakteurs, nur eine bestimmte Orthographie anzuwenden usw.[130]) bleiben unwirksam, weil das Interesse des Gläubigers an ihrer Einhaltung nicht schutzwürdig ist.

Das fehlende, schutzwürdige Interesse des Gläubigers an der Einhaltung derartiger Versprechen, bringt also sein Forderungsrecht zu Fall, da dem Forderungsrecht die Ausrichtung nach einem bestimmten Ziel fehlt und es infolgedessen ohne eigentlichen Zweck in der Luft schwebt.

Erbietet sich jemand, für einen andern einen Brief zu besorgen, so ist darin nicht ohne weiteres ein Vertrag zu sehen. Hat der Brief keine besondere Bedeutung, so ist mit der Uebernahme der Besorgung keine Obligation entstanden. War der Brief für den Absender von großer Wichtigkeit und war derjenige, der die Besorgung übernahm, darüber informiert, so liegt in der Uebernahme der Besorgung ein Auftrag, während im ersten Falle ein solcher mangels eines schutzwürdigen Interesses des Absenders nicht zu erblicken ist. Der Absender hat den Beauftragten auf die Wichtigkeit des Briefes aufmerksam zu machen. Unterläßt er dies, so kann man von dem andern Teil nicht verlangen, daß er der Besorgung die erforderliche Bedeutung beimißt. Nur das dem andern Teil gegenüber erklärte schutzwürdige Interesse ist erheblich. Ein Interesse, das dem Kontrahenten nicht bekannt ist, hat keinerlei Bedeutung, ganz gleich, wie groß es ist.

Damit sind die Grenzen des Vertragsgebietes nach drei Seiten abgesteckt. Im ersten Fall ist das Mittel, mit dessen Hilfe der Gläubiger befriedigt werden soll, fehlerhaft; dem Vertrag fehlt der bindende Charakter. In den beiden andern Fällen liegt der Fehler im Inhalt der Obligation; das Interesse des Gläubigers ist entweder ein von der Rechtsordnung mißbilligstes, indem es den guten Sitten widerspricht oder gegen ein anderes gesetzliches Verbot verstößt, oder aber es ist so gering, daß der

---

[128]) Hartmann, die Obligation, S. 54, Anm. 2.
[129]) Hartmann, Arch. f. ziv. Prax., 73, 373.
[130]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, 12, S. 1 ff.

Verkehr kein Interesse an seiner Befriedigung hat, es ist nicht schutzwürdig.

Gefälligkeitsvereinbarungen, die diese Grenzen überschreiten, sind keine Verträge mehr, sondern nur noch rein tatsächliche Leistungen. Nach Kohler [131]) liegt die Grenze zwischen Vertrag und tatsächlicher Leistung in der Geschäftsmäßigkeit der Leistung. Die Gebiete der Religion, Liebe und Geselligkeit seien der Rechtsordnung wegen mangelnder Geschäftsmäßigkeit ihrer Leistungen entzogen. Diese Ansicht ist wohl in der Hauptsache zu billigen und deckt sich auch m. E. weitgehend in ihren Ergebnissen mit der hier vorgetragenen. Ihr Fehler ist jedoch ihre Unbestimmtheit. Der Einwand Kohlers, daß das Recht für Gesunde und nicht für Lahme geschaffen sei, hilft auch nicht darüber hinweg und ist m. E. insoweit unzutreffend, als gerade die ungesunden Auswüchse immer wieder den Rechtsverkehr behindern und deshalb eine möglichst große Präzision der Unterscheidungsmerkmale erfordern.

[131]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, 12, 1 ff.

IV. Kapitel
Die Haftung.

§ 14. Die Haftung bei Gefälligkeitsverträgen.

Entsprechend der oben gemachten Unterscheidung in Gefälligkeitsverträge und Gefälligkeitsleistungen tatsächlicher Natur ergeben sich auch für die Haftung verschiedene Maßstäbe.

Es ist oben gesagt worden, daß der Kreis der Gefälligkeitsverträge viel weiter sei, als gemeinhin angenommen wird. Man könnte aus jedem schuldrechtlichen Vertrag einen Gefälligkeitsvertrag machen, wenn man das treibende Motiv zum Vertragsinhalt mache und in der Leistung selbst zum Ausdruck kommen lasse.

Wird eine im Gesetz genannte Vertragsart in der Form eines Gefälligkeitsvertrages vollzogen, so wird zwar seine Basis erweitert, aber sein Charakter nicht verändert. Das gilt nicht nur für seinen Inhalt, sondern auch für die aus seiner Verletzung herrührende Haftung. Wer einem Bekannten eine Sache verkauft und den Preis aus Entgegenkommen mit Einverständnis des andern Teils geringer bemißt, als es dem Wert der Sache entspricht, will einen Kaufvertrag abschließen mit allen sich aus ihm ergebenden Rechten und Pflichten. An eine Beschränkung der Haftung denkt keiner der Kontrahenten. Die Leistungspflicht wird nicht geändert.

Die Gefälligkeit besteht gerade darin, daß der Gefällige der andern Partei ein Opfer bringt, indem er mehr tut, als er tun müßte und man von ihm auf Grund der Gegenleistung verlangen könnte. Man kann nicht den Gefälligkeitscharakter eines Vertrages dadurch wieder zunichte machen, daß man dem Gefälligen gestattet, die Leistung nachlässiger zu erbringen. Wer eine Sache aus Gefälligkeit billiger verkauft erhält, will eine Sache erwerben, die im Wert dem gewöhnlichen Marktpreis entspricht. Die Haftung aus Gefälligkeitsverträgen, die sich unter die im BGB. geregelten Typen subsumieren lassen, entspricht also ebenfalls den für diese Verträge maßgebenden Grundsätzen.

Der allgemeine Maßstab für die Haftung ist der § 276 BGB. Hiernach hat der Schuldner jede Fahrlässigkeit zu vertreten, sofern nicht ausdrücklich ein anderer Haftungsmaßstab vorgeschrieben ist. Bei den im BGB. geregelten Verträgen, die un-

entgeltlich sind, ist vielfach die Haftung abweichend von der Bestimmung des § 276 geregelt. So haftet der unentgeltliche Verwahrer nur für diligentia quam in suis, während die Haftung des Verleihers und des Schenkers noch weiter auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist. Nur beim Auftrag findet eine Beschränkung der Haftung nicht statt.

Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich hieraus nicht herleiten; denn die Aehnlichkeit der verschiedenen Vertragsarten beruht im wesentlichen auf ihrer Unentgeltlichkeit. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine Analogie zu diesen Vertragsarten überhaupt unmöglich ist, sondern nur, daß die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes unmöglich ist und sich eine Analogie aus diesem Grundsatz verbietet.

Daß der Beauftragte für jede Fahrlässigkeit haftet, erklärt sich wohl aus dem besonderen Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten. Der Auftraggeber muß sicher sein, daß sein Auftrag sorgfältig ausgeführt wird.

Die im Gesetz nicht genannten entgeltlichen Gefälligkeitsverträge haben ebenfalls als Haftungsmaßstab den § 276. Der Gefällige haftet auch hier für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Daß der Gesetzgeber eine Haftungsbeschränkung für die entgeltlichen Verträge nicht beabsichtigt hat, geht daraus hervor, daß er dem unentgeltlichen Verwahrer nur eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit aufgebürdet hat, während sich eine Haftungsbeschränkung für den entgeltlichen Verwahrer in §§ 677 ff. nicht findet. Hier greift wieder die Bestimmung des § 276 ein.

Ist der Vertrag ein negotium mixtum, so kann bei den Verpflichtungen des Leistenden nicht die mildere Haftung aus Schenkung zur Anwendung kommen, sondern nur die des entgeltlichen Geschäfts, die regelmäßig schärfer sein wird. Eine Erleichterung für den Gefälligen verbietet sich aus denselben Gründen, aus denen eine solche auch bei den anderen entgeltlichen Gefälligkeitsverträgen unzulässig ist.

Natürlich bleibt es den Parteien unbenommen, die Haftung des § 276, I im Rahmen des § 276, II durch besondere Vereinbarung zu beschränken.

Bei den unentgeltlichen im BGB. nicht erwähnten Gefälligkeitsverträgen ist aber eine Haftungsbeschränkung nach Analogie der benannten unentgeltlichen Verträge möglich. Gefälligkeiten können durch Zuwendungen von Vermögenswerten, insbesondere dauernde oder vorübergehende Ueberlassung einer Sache und durch Dienste erwiesen werden.[132]) Die entsprechenden im BGB. aufgezählten Vertragsarten, die inhaltlich solche

[132]) Krückmann, Seuff. Bl. 74, S. 114.

Leistungen aufweisen, sind Auftrag, unentgeltliche Verwahrung, Schenkung, Leihe. Unentgeltliche, unbenannte Verträge, die in ihrem Wesen den vier genannten Vertragstypen nahekommen, sind daher analog den Bestimmungen der ihnen am nächsten stehenden Vertragsart zu behandeln. Daraus ergibt sich für die Haftung in vielen Fällen eine Milderung, sofern die Vorschriften des analog angewandten Vertrages eine solche vorsehen.

Möglich ist aber, daß dieselbe Handlung, die sich als Verletzung der Vertragspflicht darstellt, gleichzeitig den Tatbestand eines Delikts erfüllt, sodaß beide Ansprüche nebeneinander bestehen. In einem solchen Fall wird die Befriedigung des einen Anspruchs zugleich das Erlöschen des andern zur Folge haben, soweit die Ansprüche nebeneinander konkurrieren.[133]) Der Gläubiger hat die Wahl, welchen von beiden Ansprüchen er durchsetzen will, ob er sich auf den Vertragsanspruch oder den aus unerlaubter Handlung stützen will.

V. Liszt wollte hier jedoch eine Ausnahme machen, indem er für die Fälle, in denen die Vertragshaftung sich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt,[134]) die stärkere Haftung einer unerlaubten Handlung, soweit eine solche gleichzeitig in der Verletzung des Vertrages liegt, für unanwendbar erklärte. Mit Recht weist jedoch Staudinger[135]) darauf hin, daß eine unerlaubte Handlung immer widerrechtlich sein müsse und daß dann, wenn eine leicht fahrlässige Vertragsverletzung im Rahmen des Vertrages erlaubt sei, das notwendige Erfordernis der Widerrechtlichkeit fehle und die leichtfahrlässige Verletzung des Vertrages kein Delikt darstelle. Eine Ausnahme, wie sie v. Liszt annimmt, liegt also garnicht vor. Wenn daher der Vertrag die Haftung des Schuldners nicht auf leichte Fahrlässigkeit erstreckt, kann der Gläubiger nicht auf dem Wege über §§ 823 ff. doch zu einer Haftung aus leichter Fahrlässigkeit kommen. Das Wahlrecht des Gläubigers wird dadurch nicht berührt. Die Geltendmachung des einen Anspruchs bringt den anderen zum Erlöschen. Geht jedoch der durch Ausnutzung des andern erloschene Anspruch auf mehr als der geltend gemachte, so bleibt der überschießende Teil bestehen, und der Gläubiger kann diesen Teil auf den bisher nicht geltend gemachten Anspruch stützen.[136])

§ 15. Die Gefährdungshaftung.

Neben der Haftung aus Vertrag kann sich außer der Deliktshaftung noch eine Haftung des Gefälligen aus der Vornahme

---

[133]) Enecc, Schuldr., § 226, II.
[134]) v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB.
[135]) Vorbem. III, b, vor § 823 ff.
[136]) Enecc. Schuldr., § 226, II.

einer bestimmten Handlung ergeben. Das Gesetz hat hier an Handlungen, die eine stärkere Gefährdung der Allgemeinheit mit sich bringen, einen besonders strengen Haftungsmaßstab geknüpft. So haftet der Tierhalter grundsätzlich schlechthin für jeden Schaden, der durch die Haltung des Tieres angerichtet wird, natürlich nur soweit als er durch das Tier verursacht ist. Aber auch der Halter eines Kraftfahrzeugs haftet für jede Verletzung, die beim Betriebe seines Kraftfahrzeugs entsteht. Diese Haftung ist durch Gesetz vom 1. August 1922 in noch verschärftem Maße auf den Halter eines Luftfahrzeugs ausgedehnt worden.

Der Grundsatz, daß derjenige, der einen gefährlichen Betrieb unterhält, für allen durch den Betrieb entstehenden Schaden haften muß, ist zum erstenmal in dem preußischen Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 ausgesprochen worden.

Die Behandlung der Gefährdungshaftung kann sich auf die Tierhalterhaftung beschränken, da das Kraftfahrzeuggesetz die strenge Haftung für die durch das Fahrzeug beförderten Personen ausschließt und andere Fälle, in denen Gefährdungshaftung besteht, nicht vorkommen.

Grundsätzlich haftet nach § 833 BGB. der Tierhalter für den durch das Tier angerichteten Schaden unbeschränkt. Weil aber diese Bestimmung oft zu unbilligen Ergebnissen führte, fügte man durch Gesetz vom 30. Mai 1908 eine Ergänzung zu § 833 hinzu, die die Haftung für die Tiere, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, ausschließt.

Der Grundgedanke der Novelle war, die scharfen Haftungsgrundsätze auf die Fälle zu beschränken, wo die durch das Halten des Tieres entstehende Gefährdung der Umwelt vermeidbar und das Halten des Tieres für den Tierhalter nicht eine Notwendigkeit ist.

Diese Milderung genügte jedoch nicht, um die durch die Gefährdungshaftung hervorgerufenen Unbilligkeiten vollständig zu vermeiden. Deshalb suchte man, da sich an der Haftung des § 833 grundsätzlich nichts ändern läßt, nach einem Umweg, indem man sagte, die Parteien hätten stillschweigend die strenge Haftung aus § 833 durch Vertrag ausgeschlossen. [137])

Der Enthaftungsvertrag ist nicht zu verwechseln mit dem eigentlichen Gefälligkeitsvertrag. Er ist ein vollkommen selbstständiger Vertrag, der neben dem eigentlichen Gefälligkeitsvertrag herläuft, soweit ein solcher vorliegt. Das ergibt sich

---

[137]) Enecc. II, § 243, V; RG. in JW. 08, 108; Warn. 09, Nr. 100; Warn. 08, 261; Nr. 353; RG. 65, 313; RG. in JW. 09, 313; Recht, 08, Nr. 516 u. 3262; RG. in JW. 34, 346 u. 08, 301.

daraus, daß der vertragliche Haftungsausschluß nicht nur bei Gefälligkeitsverträgen, sondern auch bei anderen Gefälligkeitsleistungen angenommen wird. Die Annahme wird auch hier nicht in der Gestattung der Mitfahrt gesehen, sondern erfordert eine besondere Feststellung. Ob im einzelnen die Feststellung getroffen ist, ist nach der Lage des konkreten Falles zu entscheiden. [138])

§ 16. Der vertragliche Ausschluß der Gefährdungshaftung.

Der Enthaftungsvertrag bei einem Fall der Gefährdungshaftung ist nicht selbstverständlich; ein allgemeiner Grundsatz, daß die Gefährdungshaftung bei Gefälligkeitsleistungen stets ausgeschlossen sei, ist nicht anzuerkennen. [139]) Das RG. geht aber in der Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses sehr weit. Die die Bitte begleitenden Umstände bei einer Mitnahme im Wagen und die Einwilligung können zur Annahme des Haftungsausschlußvertrages führen; denn der Wille der Parteien ist nach dem RG. nicht nur aus ihren direkten Erklärungen, sondern aus ihrem gesamten Verhalten festzustellen. Wenn auch die in dem Verhalten der Parteien ausgedrückten Erklärungen nicht vollständig sind, so genügt es aber, wenn gewisse maßgebende Erklärungsgrundzüge feststehen, um den wahren Willen der Parteien zu ermitteln. Ob die Parteien im Augenblick der Vereinbarung an die Möglichkeit eines Unfalls und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche gedacht haben, ist unerheblich. Es genügt, wenn sich aus dem Verhalten der Parteien und den die Erklärung begleitenden Umständen ergibt, daß die Parteien im Falle einer Erwähnung dieses Punktes, die Haftung durch Vertrag ausgeschlossen hätten. [140])

Wann im einzelnen die Art der Vereinbarung für den Ausschluß der Haftung spricht, läßt sich nicht auf eine feste Formel bringen. Jedoch haben Praxis und Theorie einige Grundsätze herausgearbeitet, wann die Umstände, unter denen die Vereinbarung geschlossen wurde auf einen Ausschluß der Haftung hindeuten. Voraussetzung für einen Ausschlußvertrag ist zunächst, daß der Gefälligkeitsempfänger die tatsächliche Lage kennt. Wenn der Gefällige ein ungewöhnlich scheues Pferd eingespannt hatte und der Gefälligkeitsempfänger diese Tatsache nicht kannte, so ist ein Verzicht des Empfängers nicht anzunehmen.

Gegen die Annahme eines Ausschlußvertrages spricht auch die Entgeltlichkeit einer Gefälligkeitsvereinbarung; denn es ist

---

[138]) Warn. 09, Nr. 100.
[139]) Warn. 08, Nr. 353.
[140]) RG. 67, 431.

nicht anzunehmen, daß derjenige, der die Mitnahme in einem Wagen wenigstens teilweise bezahlt, auf den Haftungsanspruch im Falle eines Unfalls verzichten will. Der unentgeltlich Mitgenommene geht leichter auf Forderungen des Gefälligen ein, damit er überhaupt mitfahren kann. Derjenige, der etwas bezahlt, steht dem Leistenden viel unabhängiger gegenüber. Bei ihm ist das Vorliegen eines Vertrages, der die Haftung ausschließt, nicht so leicht anzunehmen wie bei dem unentgeltlich Mitfahrenden. Jedoch schließt die Entgeltlichkeit die Vornahme eines Ausschlußvertrages nicht schlechthin aus. Das widerspräche dem Grundsatze der Vertragsfreiheit. Die Umstände, unter denen eine entgeltliche Vereinbarung abgeschlossen wird, sind aber nicht derart, daß aus ihnen ohne weiteres auf das Vorliegen eines solchen Vertrages geschlossen werden kann. Um daher einen Ausschluß der Haftung annehmen zu können, reicht es nicht aus, daß die Parteien die Haftung ausgeschlossen hätten, wenn sie an die Möglichkeit eines Unfalls gedacht hätten, vielmehr ist erforderlich, daß der Ausschluß ausdrücklich erwähnt wird. [141])

Weiterhin hat sich das RG. [142]) wiederholt gegen den Ausschluß der Haftung ausgesprochen, wenn der Gefällige gegen Unfall versichert war. Es geht hier von dem Gedanken aus, daß der Gefällige in seinem Entgegenkommen nicht so weit gehen will, daß ihm aus seiner Leistung größere Kosten entstehen könnten. Deshalb lehnt er die Uebernahme der Haftung ab. Wenn er jedoch die Kosten auf einen Dritten, die Versicherung, abwälzen kann, so hat er kein Interesse mehr an dem Ausschluß der Haftung, zumal es ihm sicherlich angenehmer ist, wenn derjenige, dessen Unfall durch das Verhalten seines Tieres verursacht worden ist, die Kosten, die ihm daraus entstehen, ersetzt bekommt. Die Ersatzpflicht trifft nicht den Gefälligen, sodaß er an der Ausschließung der Haftung bei weitem nicht mehr so interessiert ist, wie der Nichtversicherte, der die ganzen Kosten im Falle einer Haftung zu tragen hätte. Aber auch hier ist wieder zu sagen, daß die Tatsache der Versicherung des Gefälligen nur vermuten läßt, daß die Haftung nicht ausgeschlossen sein soll, und daß der Ausschluß nicht aus den Umständen, unter denen die Vereinbarung erfolgte, zu entnehmen ist. Auch hier ist wieder Voraussetzung des Haftungsausschlusses ein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß der Gefällige für nichts aufkommen wolle.

Der Abschluß des Haftungsausschlußvertrages hat nur im

---

[141]) RGR. Komm., § 833, 7, b; RG. 128, 232.

[142]) Warn., 09, Nr. 22 u. 100; Seuff. Bl. 74, 148 ff.; RG. in JW. 34, 2033.

Hinblick auf etwaige Verletzungen des Gefälligkeitsempfängers Bedeutung. Mit Recht hat das RG.[143]) immer den Ausschluß der Haftung abgelehnt, wenn nicht der Leistungsempfänger, sondern der Gefällige verletzt wurde. Dem Empfänger erwachsen aus der Tatsache, daß der Gefällige aus freundschaftlichem Entgegenkommen handelt, besondere Pflichten. Wenn der Gefällige mehr tut, als er tun muß, so bedeutet das für den Gefälligkeitsempfänger nicht, daß er weniger zu tun braucht, als er bei einer rein geschäftsmäßigen Leistung an Sorge für die Person des Leistenden aufbringen müßte.

Der Gedanke, der zur Annahme des Haftungsausschlusses führte, war der der Billigkeit.[144]) Der Gefälligkeitsempfänger will dem Gefälligen nicht mehr aufbürden als nötig ist. Eine zu große Belastung des Gefälligen mit Pflichten würde ihn leicht abhalten, eine Gefälligkeitsleistung zu erbringen. Sie wäre auch im Hinblick auf den Gefälligkeitscharakter der Leistung nicht gerechtfertigt. Der Gefällige wird daher bemüht sein, alle Erschwerungen von sich abzuwälzen und der Empfänger wird, soweit er es ohne besondere Gefahr für sich tun kann, darauf eingehen.

Zu diesen Gefahren zählt in erster Linie die Haftung des Gefälligen, die er lediglich wegen seiner Eigenschaft als Tierhalter für alle sich daraus ergebenden Unfälle tragen muß. Dieser auf Billigkeit beruhende Maßstab für die Beurteilung des Verhältnisses der Parteien gilt natürlich nur da, wo mangels besonderer Abreden eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt worden ist.[145])

Das RG. hat sich zwar auf den Standpunkt gestellt, daß der Ausschluß der Haftung auch auf besonderer Parteivereinbarung beruhe. Die Kontrahenten hätten in ihrem Verhalten und durch die die Vereinbarung begleitenden Umstände konkludent zum Ausdruck gebracht, daß sie die Gefährdungshaftung ausgeschlossen wissen wollten. Der Wille, die Gefährdungshaftung auszuschließen, sei also ausdrücklich erklärt. Die Rechtsprechung des RG. ist aber in diesem Punkte nicht einheitlich. Vielmehr hat es in einer Entscheidung vom 29. März 09.[146]) den Ausschlußvertrag abgelehnt, weil doch nicht übersehen werden könne, daß tatsächlich eine Erklärung im Hinblick auf die Haftung nicht erfolgt sei. Eine in dieser Richtung gehende Parteivereinbarung wäre eine Unterstellung. Das Wahrscheinlichkeitsmoment, das für den Ausschluß der Haftung im Falle seiner

---

[143]) Warn., 10, Nr. 153; RG. in JW. 11, 319 u. 714.
[144]) RG. 65, 313.
[145]) Planck, § 833, 10, b.
[146]) Warn., 09, Nr. 357. vgl. RGR.-Komm. § 833, 7, c.

Erwähnung spricht, berechtige nicht dazu, eine solche Vereinbarung als gegeben anzunehmen.[147])

Ein Vertrag kann auch durch konkludente Handlung geschlossen werden. Es ist aber immer erforderlich, daß der Handelnde sich bewußt war, sein Verhalten gebe einer bestimmten Ansicht Ausdruck. Im Falle der Gefälligkeitsfahrt haben aber weder der Leistende noch der Empfänger daran gedacht, daß ihr Verhalten in einem bestimmten Sinn gedeutet werden könnte. Sie haben überhaupt nicht an die Möglichkeit eines Unfalls gedacht.

Danz[148]) steht auf dem Standpunkt, daß aus der Tatsache des mangelnden Verpflichtungswillens des Fuhrwerksbesitzers im Hinblick auf die Beförderung der Tatbestand erst recht nicht genüge, um eine Haftung des Fuhrwerksbesitzers zu rechtfertigen. Diese Ansicht ist aber m. E. nicht zutreffend; denn der Schadensersatzanspruch wird vom Gesetz an einen bestimmten Vorgang, die die Verletzung auslösende Handlung geknüpft, und hat mit dem Verpflichtungswillen nichts zu tun. Der Tatbestand der Gefälligkeitsfahrt läßt wohl den Ausschluß einer Haftung annehmen, die auf vertragliche Beziehungen gegründet sein könnte, da die Ablehnung eines Vertrages eine Ablehnung der vertraglichen Haftung in sich schließt. Die deliktische Haftung beruht auf einem tatsächlichen Vorgang, der unabhängig von den Parteiabreden über die Mitnahme ist. Ein Ausschluß der deliktischen Haftung bedarf noch eines besonderen Uebereinkommens.

Dieses besondere Uebereinkommen läßt sich nur dann aus den Umständen und dem Verhalten der Parteien herleiten, wenn die Parteien durch diese Handlungen einen Erfolg herbeiführen wollten. Das Bewußtsein aber, durch konkludente Handlung einen bestimmten Willen, nämlich die Gefährdungshaftung auszuschließen, ausgedrückt zu haben, kann den Parteien leicht fehlen.

Die Umstände und das Verhalten der Parteien sind jedoch nicht bedeutungslos. Es ergibt sich vielmehr aus der Tatsache, daß die Leistung Gefälligkeitsleistung ist, daß die Parteien, soweit nicht besondere Abreden vorliegen, ihr Verhältnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beurteilt wissen wollen.[149]) Der Wanderer, der einen Fuhrwerksbesitzer bittet, ihn mitzunehmen, will dem Fuhrwerksbesitzer jede Unannehm-

---

[147]) Müller-Erzbach, Arch. f. ziv. Prax. 106, 358; Lippmann, Seuff. Bl. 72, 1020.

[148]) Danz, DJZ. 05, Sp. 388.

[149]) Traeger, 28, deutsch. Jurist.-Tag, Bd. II, S. 140; RG. in Recht, 06, Nr. 1929.

lichkeit ersparen und verlangt daher nicht mehr von ihm an Leistung, als er bei geringsten Ansprüchen stellen kann. Ein direkter Ausschluß der Gefährdungshaftung ist aber darin noch nicht zu sehen; so konkret sind die sich aus den Umständen ergebenden Vereinbarungen nicht. Aus dem Verhalten der Kontrahenten läßt sich lediglich entnehmen, daß die Pflichten der Parteien auf die allgemeinen Pflichten beschränkt sein sollen, die sich daraus ergeben, daß jemand auf den Rechtskreis eines anderen einwirkt, daß also die gegenseitigen Interessen nach Treu und Glauben beurteilt werden sollen.[150])

Erst aus der Beurteilung des Parteienverhältnisses nach Billigkeitserwägungen ergibt sich, daß eine Belastung des Gefälligen mit einer zu strengen Haftung dem Charakter der Leistung nicht entspricht. Wenn der Gefällige schon mehr tut, als er tun müßte, so kann er beanspruchen, daß man ihn dafür auch von der besonders strengen Haftung als Tierhalter befreit und an ihn im Hinblick auf die Haftung nur die Normalansprüche stellt.

Aus den Umständen läßt sich also nur eine dahingehende Vereinbarung entnehmen, daß das Parteienverhältnis von Billigkeitsgrundsätzen beherrscht sein soll. Ein direkter Enthaftungsvertrag läßt sich daraus noch nicht entnehmen. Erst mittelbar kommt der Abmachung die Wirkung zu, die Gefährdungshaftung auszuschließen. Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß die Tatsache einer Gefälligkeitshandlung schon an sich geeignet sei, die Gefährdungshaftung auszuschließen, ist damit nicht aufgestellt. Maßgebend ist immer das Verhalten der Parteien im konkreten Fall.

Nicht zu billigen ist die Ansicht Schneiders[151]), der davon ausgeht, daß der Gesetzgeber die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nach Billigkeitsgrundsätzen gegeneinander abgestimmt habe, um zu einem rechten Interessenausgleich zu kommen, als Grundsatz des BGB. eine Interessenabwägung hinstellt und dann daraus folgert, der Sinn des Gesetzes fordere, daß man in einem Falle, in dem die Vorschriften des Gesetzes einem billigen Ergebnis im Wege stünden, die hindernde Vorschrift durch Nichtbeachtung aus dem Wege räume. Praktisch entspräche das auch dem Standpunkt des RG., das durch seine Unterstellung des Haftungsausschlußvertrages, den § 833 bei den Gefälligkeitsleistungen außer Kraft setze. Diesem sei zuzustimmen, da das Gesetz selbst bestimme, „daß allgemein die Eingehung eines Vertragsverhältnisses die Haftung des Schuldners, die Spannung der Verpflichtung sozusagen, auf das Maß derjenigen eben dieses Ver-

[150]) Staud. § 833, 10, b.
[151]) DJZ. 08, 215.

tragsverhältnisses einstellt". Der Umweg sei daher nicht nötig, um zur Nichtanwendung des § 833 zu kommen. Das Gesetz lasse als Ausgleich für die Mehrleistung des Gefälligen dessen Haftung entsprechend sinken.

Es ist richtig, daß das Gesetz die Rechtsverhältnisse von dem Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht wissen will. Das gilt für alle Bestimmungen. Wenn aber in einem einzelnen Fall eine ausdrückliche Regelung besteht, die nicht diesen Grundsätzen entspricht, so gibt das Gesetz damit positiv zu erkennen, daß in diesem Fall eine besondere Regelung Platz greifen soll. Man kann aber die Bestimmung nicht einfach matt setzen mit der Begründung, der Sinn des Gesetzes verlange eine andere Auslegung, um zu einem befriedigenden Ergebnis zu kommen. Das Gesetz gibt doch in solchen Fällen, wo eine andersgerichtete Vorschrift positiv existiert, unzweifelhaft zu erkennen, daß die in der Vorschrift niedergelegte Regelung Geltung haben soll und keine andere. Eine Nichtbeachtung im Einzelfall widerspräche daher dem Sinn des Gesetzes. Das RG. hat es auch immer abgelehnt, einen allgemeinen dahingehenden Satz aufzustellen, daß sich bei einer Gefälligkeitsleistung der Ausschluß der Haftung aus Billigkeitsrücksichten ergebe.[152]) Es hat die Enthaftung immer unter Berücksichtigung der Parteivereinbarungen und der Umstände des einzelnen Falles vorgenommen.

§ 17. Der Enthaftungsvertrag bei Verschulden.

Die Rechtsprechung hat jedoch den vertraglichen Ausschluß der Haftung nicht auf die Gefährdungshaftung beschränkt, sondern auch auf die Haftung für leichte Fahrlässigkeit, ja sogar auf die für grobe Fahrlässigkeit ausgedehnt.

An sich ist natürlich ein vertraglicher Ausschluß der Fahrlässigkeitshaftung im voraus denkbar. § 276, II erklärt nur den vorherigen Ausschluß einer Haftung für Vorsatz für unzulässig, sodaß die Parteien in der Lage wären, die Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit auszuschließen. Es fragt sich nur, ob man so weit gehen kann und lediglich den die Gefälligkeitsleistung begleitenden Umständen und den Erklärungen der Parteien eine Ausdehnung des Enthaftungsvertrages auch für schuldhaftes Verhalten der Parteien entnehmen kann.

Die Rechtsprechung ist hier nicht einheitlich. So hat das RG. in einer Entscheidung vom 20. Februar 08.[153]) eine Uebernahme der Gefahr durch den Gefälligen wohl hinsichtlich der

[152]) z. B. RG. 67, 313.
[153]) Recht, 08, Nr. 1183.

mit dem Motorradfahren allgemein verbundenen Gefahr angenommen, jedoch den Fahrer von der durch sein unsachgemäßes, schuldhaftes Verhalten herbeigeführten Gefährdung nicht entbunden. In einem andern Fall [154]), bei dem es sich um eine Autofahrt handelte, die der Verletzte auf eine Einladung hin unternommen hatte, läßt es ebenfalls die Haftung des Fahrers für Schaden aus unerlaubter Handlung in vollem Umfang bestehen. In einer Entscheidung vom 12. April 1910 [155]) hat das RG. den Enthaftungsvertrag nur auf die Schadensersatzansprüche beschränkt, die auf das Fahrzeug als solches und die dem Eingeladenen erkennbaren besonderen Umstände, unter denen die Fahrt unternommen wurde, zurückzuführen sind. Von einem Ausschluß der Verschuldenshaftung könne nicht die Rede sein. Wenn der später Verletzte seine Befriedigung über die hohe Geschwindigkeit eines Wagens äußert, so ist nach einem Urteil des RG. [156]) darin noch kein Ausschluß der Verschuldenshaftung zu sehen, wenn dem Leistungsempfänger die Möglichkeit fehlt, auf den Fahrer energisch zwecks Herabsetzung der Geschwindigkeit einzuwirken. Auch Proskauer [157]) wendet sich gegen die Annahme, daß der Enthaftungsvertrag sich auf Verschulden erstrecke. Der Gefälligkeitsempfänger willige keineswegs in ein unsachgemäßes Verhalten des Gefälligen ein. So stelle der Gefälligkeitsempfänger im Falle einer Gefälligkeitsfahrt höhere Ansprüche an die Aufmerksamkeit des Gefälligen. Wer mit einem schnellen Fahren einverstanden sei, sei es noch lange nicht mit fahrlässigem Verhalten.

Demgegenüber steht jedoch die Mehrzahl der Entscheidungen auf dem Standpunkt, daß der Enthaftungsvertrag auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschließt. Allerdings stellt das RG. in diesem Falle höhere Anforderungen an die Annahme eines Vertragsschlusses, der die Verschuldenshaftung ausschließen soll. So vertritt es in einer Entscheidung vom 13. Oktober 1910 [158]) die Ansicht, daß sich aus den begleitenden Umständen nur eine Ausschließung der Gefährdungshaftung entnehmen lasse; um jedoch darüber hinaus auch zum Ausschluß einer Verschuldenshaftung zu kommen, sei eine Ermittlung besonderer, eine entsprechende Willenseinigung ausdrückender Aeußerungen notwendig.

In einem Fall [159]) geht das RG. soweit, daß es aus der Tat-

---

154) RG. 68, 429.
155) JW. 10, 2342.
156) Recht, 20, Nr. 2344.
157) JW. 31, 891, Bespr. d. Urteils d. KG.
158) Warn. 10, 439; JW. 11, 28.
159) JW. 14, 589.

sache des Gefälligkeitscharakters der Fahrt unter Umständen ein nach Treu und Glauben selbstverständliches Einverständnis darüber entnimmt, daß der Leistungsempfänger den Gefälligen nicht schon wegen fahrlässigen Verhaltens in Anspruch nehmen will.

Dieses Urteil ist aber insofern bedenklich, als es letztlich doch mit Hilfe von Treu und Glauben die gesetzlich festgelegte Haftung außer Kraft setzen will, ohne dabei aber die Parteivereinbarungen genügend zu berücksichtigen. Nach dieser Ansicht ist es immer so, daß die Haftung bei einer Gefälligkeitsleistung sich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Das Einverständnis darüber sei selbstverständlich. Die Folge daraus ist, daß eine besondere Vereinbarung garnicht mehr erforderlich ist. Es genügt, daß die erbrachte Leistung Gefälligkeitsleistung ist, um das Einverständnis der Parteien zu unterstellen. Diese Ansicht widerspricht aber der in andern Entscheidungen vertretenen Auffassung, die die Parteivereinbarung dem Verhalten der Parteien im einzelnen Fall entnommen haben und immer die Erklärung des Haftungsausschlusses verlangen. Der Haftungsausschluß ist bei der Gefälligkeitsfahrt nicht selbstverständlich. Eine andere Ansicht würde eine nicht getroffene Vereinbarung unterstellen.

Die Entscheidung vom 17. Dezember 1914 [160]) stellt es auch wieder auf die Umstände des Falles ab, aus denen sich ein Haftungsausschluß für leichtes Verschulden rechtfertigen lasse. Auch in anderen Entscheidungen [161]) macht das RG. die Annahme eines Haftungsausschlußvertrages von den Umständen des einzelnen Falles abhängig, deren Feststellung es dem Tatrichter überläßt.

Die Rechtsprechung geht also bei der Beurteilung des Haftungsausschlusses immer von dem einzelnen Fall aus und entnimmt dem Verhalten der Parteien und den sonstigen Ereignissen, unter denen sich die Vereinbarung der Gefälligkeitsleistung vollzog, die für das Zustandekommen des Enthaftungsvertrages notwendigen Erklärungen. Die Tatsache, das jemand die Gefälligkeit eines andern in Anspruch nimmt, kann für sich betrachtet nicht zu einem Ausschluß der Haftung führen. Das RG. hat das mit Ausnahme einer Entscheidung [162]) auch regelmäßig abgelehnt. Vielmehr kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, ob die Umstände, auf die der Ausschluß der Haftung gestützt wird, einen solchen schlüssig ergeben. Die Gerichte stellen an den Ausschluß der Verschuldenshaftung wesentlich

---

160) JW. 15, 275.

161) RdK. 30, 455; JW. 34, 346 u. 2033; 26, 2534; 31, 891; 32, 2025; RG. 128, 39; u. 231; Gruch. B. 55, 344; Recht, 20, Nr. 2344.

strengere Anforderungen als an den der Gefährdungshaftung. Während die allgemeinen Umstände, die die Vereinbarung der Gefälligkeitsleistung zum Abschluß brachten, in der Regel für den Ausschluß der Gefährdungshaftung genügen, müssen zum Ausschluß der Verschuldenshaftung noch ganz besondere Verhältnisse darauf hindeuten, daß auch die Fahrlässigkeitshaftung nicht gelten soll.

Im Falle des Alkoholgenusses während der Fahrt hat das RG. den Enthaftungsvertrag gefolgert, wenn der Gefälligkeitsempfänger damit einverstanden war,[163]) ebenfalls aus dem Einverständnis des zu einer Fahrt Eingeladenen mit hoher Geschwindigkeit[164])

Bei einer Zuverlässigkeitsfahrt, bei der eine starke Beschleunigung des Tempos erreicht wurde, hat das RG. den Fahrer für einen fahrlässig verschuldeten Unfall, bei dem der Mitfahrende verletzt wurde, haften lassen. Das widerspruchslose Dulden des schnellen Fahrens begründete in diesem Fall keinen Enthaftungsgrund.[165]). Dieser Fall ist aber auch anders gelagert als der vorherige. Während es sich im ersten Fall um eine lediglich zum Vergnügen unternommene Fahrt handelte, bei der die Teilnehmer die Fahrt nach Belieben einrichten konnten, handelte es sich im zweiten Fall um eine Zuverlässigkeitsfahrt. Der Mitfahrende war ein Unparteiischer, der dem Fahrer vom Veranstalter beigegeben war und der eigentlich garnicht Empfänger einer Gefälligkeit war; denn er fuhr nicht zu seinem Vergnügen, sondern zur Kontrolle des Fahrers mit.

Das RG. sucht mit dem Enthaftungsvertrag ein den Interessen der Parteien entsprechendes Haftungsverhältnis zu erreichen. Die Ergebnisse seiner Entscheidungen entsprechen auch in weitem Maße dem Gerechtigkeitsgefühl. Die Begründung eines solchen Vertrages ist jedoch schwierig.

Es ergibt sich hier dieselbe Problematik wie beim Ausschluß der Gefährdungshaftung, die sich vor allen Dingen darin äußert, daß die Parteien an einen Enthaftungsvertrag in den seltensten Fällen gedacht haben, daß man also Gefahr läuft, den Parteien Erklärungen zu unterstellen, die sie garnicht abgegeben haben. Das äußere Verhalten der Parteien ist nicht ausreichend zur Abgabe einer Willenserklärung durch konkludente Handlung. Es muß noch eine innere Vorstellung von der stillschweigend abgegebenen Erklärung hinzukommen. Ob die Vorstellung des Erklärenden und das durch die konkludente Handlung Er-

---

[162]) JW. 14, 589.
[163]) RG. 128, 229 = Jw. 30, 2854.
[164]) JW. 31, 891.
[165]) JW. 26, 2534.

klärte zusammenstimmen oder nicht, ist zur Gültigkeit der Erklärung ohne Bedeutung. Eine falsche Vorstellung von der Erklärung würde zwar zur Anfechtung wegen Irrtums ausreichen, hätte aber auf die Wirksamkeit der Erklärung bis zur Anfechtung keinen Einfluß. Erforderlich ist aber immer, daß der Erklärende von seiner Handlung eine bestimmte Vorstellung hat. Denkt er sich garnichts bei Vornahme der Handlung, so ist eine durch konkludente Handlung ausgedrückte Erklärung nicht vorhanden.

Man kann zwar sagen, daß die Parteien durch ihr Verhalten übereinstimmend zu erkennen gegeben haben, daß ihr Verhältnis nach Billigkeitsgrundsätzen zu beurteilen sei und dann daraus auf einen Ausschluß der Gefährdungshaftung schließen. Es ist aber zweifelhaft, ob man bei dem Ausschluß der Verschuldenshaftung ebenso verfahren kann.

Viel zu weit geht aber die Ansicht von Proskauer [166]), der die Enthaftungsverträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig erklärt. Der Staat habe die Vorschriften über den Kraftfahrzeugverkehr wegen der durch ihn bedingten Gefährdungslage geschaffen. Der Enthaftungsvertrag habe zum Inhalt, daß er dem Halter des Fahrzeugs die strenge Haftung, die ihm vom Gesetzgeber auferlegt sei, erlasse. Der Vertrag stelle daher einen Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften dar, insbesondere gegen die VO. über den Kraftfahrzeugverkehr vom 5. Dezember 1925, und sei daher nichtig.

Diese Meinung geht m. E. von einer unrichtigen Vorstellung über die Wirkungen und die Reichweite des Enthaftungsvertrages aus. Der Enthaftungsvertrag schließt die Rechtswidrigkeit für bestimmte Verschuldensmomente im Verhältnis der Parteien aus. Ein Erlaß der gesetzlichen Haftung ist darin nicht zu sehen. Der im Gesetz festgelgete Haftungsmaßstab selbst kann, wie Proskauer selbst feststellt, nicht geändert werden. Das einzige, was die Parteien machen können, ist die vertragliche Beseitigung der Rechtswidrigkeit in bestimmten Grenzen durch einen obligatorischen Vertrag. Dieser Vertrag schafft aber nur zwischen den Beteiligten irgendwelche Rechtsbeziehungen. Dritten gegenüber bleibt der Fahrer immer nach dem gesetzlichen Haftungsmaßstab verpflichtet.

Die gesetzlichen Vorschriften bezwecken eine möglichst reibungslose Abwicklung des Verkehrs, sind also in erster Linie zum Schutze der Oeffentlichkeit geschaffen, die durch die Inbetriebsetzung eines Kraftfahrzeugs gefährdet wird, ohne dem entgehen zu können. Nicht erfaßt sind solche Personen, die als

---

[166]) RdK. 30, 419.

Insassen des Wagens die erhöhte Gefahrenlage in Kauf genommen haben. Daß das Gesetz hier einen Unterschied macht, zeigt sich deutlich aus der unterschiedlichen Regelung der Gefährdungshaftung, die nur an der Fahrt unbeteiligte Dritte erfaßt, nicht aber solche Personen, die sich als Fahrer oder Mitfahrer im Wagen befinden.

Wenn der Gefälligkeitsempfänger mit dem Gefälligen vertraglich die Rechtswidrigkeit für bestimmte Verschuldensgrade ausschließt, so besagt das nur, daß er für schuldhafte Verletzungen, die durch Handlungen, deren Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, hervorgerufen sind, keinen Ersatz fordern will und kann. Durch Herabsetzung der Rechtswidrigkeitsgrenze hat er sich der Ansprüche begeben, die ihre Entstehung einem Verschuldensgrad verdanken, der noch innerhalb der Rechtswidrigkeitsgrenze liegt. Das Verhältnis zu Dritten wird hierdurch nicht berührt.

So kann im Falle einer durch einfache Fahrlässigkeit des Fahrers hervorgerufenen Verletzung ein verletzter Dritter Schadensersatz verlangen, während der ebenfalls verletzte Mitfahrende keine Ansprüche geltend machen kann. In dem Ausschluß der Rechtswidrigkeit zwischen Fahrer und den weiteren Insassen ist also kein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften zu sehen, da diese die Regelung des Verkehrs nach außen erfassen, nicht aber in die Verhältnisse zwischen den im Wagen befindlichen Personen eingreifen wollen. Eine Nichtigkeit aus § 134 ist also nicht gegeben.

Eine andere Frage ist aber, ob man überhaupt eine vertragliche Vereinbarung als vorliegend ansehen kann, die auf den Ausschluß der Verschuldenshaftung hindeutet. Aus den allgemeinen Umständen allein läßt sich ein solcher Vertrag nicht herleiten. Es müssen noch besondere Umstände hinzukommen, die auf den Ausschluß hindeuten.

Das RG. verlangt in einer Entscheidung [167]) das Vorliegen bestimmter Aeußerungen, die auf eine Willenseinigung hindeuten. Die Feststellung der Umstände wird aber schwierig, wenn von den Parteien über einen Ausschluß garnicht gesprochen worden ist. Das Verhalten allein wird nicht immer ausreichen, um daraus mit Sicherheit einen vertraglichen Ausschluß der Verschuldenshaftung herzuleiten. Der Richter wird auch nicht immer in der Lage sein, aus den Grundzügen der Vereinbarungen den wirklichen Willen der Parteien zur Zeit des Abschlusses des Uebereinkommens zu ermitteln, besonders wenn eine Willenseinigung mangels genügender Anhaltspunkte garnicht vorliegt.

[167]) JW. 11, 28.

Die Annahme eines Enthaftungsvertrages wirkt oft etwas gezwungen, besonders, da die Parteien sich meistens über die Bedeutung ihres Verhaltens garnicht klar geworden sind oder auch nicht einmal an einen solchen Vertrag denken und daher auch nicht wollen. Eine wirkliche Grundlage für einen Vertrag ist oft nicht gegeben.

Ob besondere Umstände vorliegen, die einen Ausschluß der Haftung rechtfertigen, ist außerdem eine reine Tatsachenfrage, die sehr verschieden beurteilt werden kann. Deshalb ist es besser, in den Fällen, in denen nicht einwandfrei auf einen Haftungsausschluß geschlossen werden kann, einen Enthaftungsvertrag nicht anzunehmen, zumal sich noch aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkt, dem Handeln auf eigene Gefahr, ein Ausschluß der Haftung ergibt.

Ein Enthaftungsvertrag für Verschulden ist aber, wenn auch in sehr engen Grenzen, möglich, soweit er nicht die Vorschrift des § 276, II überschreitet. Die Abgabe der ihn begründenden Willenserklärungen kann durch konkludente Handlung geschehen. Die konkludente Handlung muß aber von den Parteien als Willenserklärung aufgefaßt werden. Erst das Verhalten der Parteien, das nach ihrem Willen rechtsgeschäftliche Bedeutung haben soll, kann zur Annahme des Enthaftungsvertrages herangezogen werden. Bei Unklarheiten der Parteivereinbarungen können die Umstände, unter denen sie erfolgt sind, als Auslegungsmittel Bedeutung gewinnen.

Zur Gültigkeit des Vertrages ist volle Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten erforderlich. Ein Minderjähriger kann daher einen Enthaftungsvertrag nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eingehen. Eine Zustimmung wird aber regelmäßig nicht vorliegen. Der Vertrag wird in der Schwebe bleiben. Eine wirksame Enthaftung des Gefälligen wird, wenn er mit Minderjährigen kontrahiert, nie eintreten.

Dieses Ergebnis ist auch zu billigen, da die Rechtsordnung im allgemeinen an den Verkehr mit Minderjährigen strengere Anforderungen stellt, und es ist nicht einzusehen, warum diese im Falle der Gefälligkeitsfahrt geringer werden sollen.

Inhaltlich bedeutet der Enthaftungsvertrag nicht, daß die Haftung für Fahrlässigkeit jetzt ganz allgemein ausgeschlossen ist. Die Freizeichnung von der Fahrlässigkeitshaftung bezieht sich nur auf solche gefahrbringenden Umstände, auf die sich der Enthaftungsvertrag bezog.

Schließen die Parteien ausdrücklich die Haftung für Fahrlässigkeit ganz allgemein aus, so haftet der Gefällige überhaupt nicht für fahrlässiges Verschulden. Wenn jedoch aus besonderen Umständen auf einen Enthaftungsvertrag geschlossen

wird, so wird davon die Haftung für das Verschulden nur insofern erfaßt, als die besonderen Umstände das erkennen lassen.

Setzt der zu einer Fahrt eingeladene Gefälligkeitsempfänger die Fahrt fort, trotzdem der gefällige Fahrer betrunken ist, so bezieht sich der Enthaftungsvertrag nur auf die Verletzungen, die eine Folge des übermäßigen Alkoholgenusses sind. Ein Haftungsausschluß für anderes Verschulden, das mit der Betrunkenheit nichts zu tun hat, ist nicht anzunehmen. So besagt der aus dem besonderen Umstand der Trunkenheit des Gefälligen entnommene Enthaftungsvertrag nicht, daß der Gefälligkeitsempfänger jetzt auch auf eine Haftung für Verletzungen verzichten will, die durch andere Gründe bewirkt sind, so z. B. für eine Verletzung, die in der dem Gefälligen bekannten Schadhaftigkeit des Wagens ihre Ursache hat.

Wenn sich aus besonderen Umständen ein Enthaftungsvertrag ergeben soll, so ist also erforderlich, daß der Gefälligkeitsempfänger diesen Umstand kennt; denn ohne Kenntnis der in dem besonderen Umstand liegenden Gefahrenquelle kann man nicht aus dem Verhalten des Leistungsempfängers einen Ausschluß der Haftung entnehmen, zumal durchaus nicht sicher ist, daß der Leistungsempfänger sich bei Kenntnis der Gefährdung auch auf die Fahrt eingelassen hätte, die er ohne ihre Kenntnis bedenkenlos unternommen hat. Wenn jemand einen Enthaftungsvertrag schließt, weil er weiß, daß der Gefällige infolge starken Alkoholgenusses nicht mehr sicher fährt, so ist damit noch nicht gesagt, daß er den Vertrag auch geschlossen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß auch die Steuerung des Wagens nicht mehr richtig funktioniert. Es ist wahrscheinlich, daß die Summierung der Gefahren den Gefälligkeitsempfänger bewogen hätte, sich nicht auf das Risiko einer Fahrt einzulassen.

Der Enthaftungsvertrag bezieht sich also nur auf die besonderen Umstände, deren Vorliegen auf einen vertraglichen Ausschluß der Haftung schließen lassen, wenn aus dem Verhalten des später Verletzten zu erkennen ist, daß er auf eine Inanspruchnahme des Gefälligen aus dieser ihm bekannten Gefährdungslage verzichtet hat.

Andere dem Gefälligen bekannte, dem Empfänger unbekannte gefahrdrohende Momente werden von dem Haftungsausschluß nicht erfaßt. Die Gefahrenquelle muß also von dem Mitfahrenden erkannt sein. Erkennbarkeit genügt nicht; denn die Willenserklärung des Gefälligkeitsempfängers wird aus seinem Verhalten gegenüber einer bestimmten Situation entnommen, die ihm bekannt sein muß. Unkenntnis über das Vorhandensein des Umstandes macht sein Verhalten gegenüber

diesem Umstand wertlos, auch wenn die Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht.

So hat auch das RG. in einer Entscheidung vom 12. April 1930 [168]) im Falle einer Gefälligkeitsfahrt den allgemeinen Ausschluß der Haftung verneint, trotzdem sich im Wagen ein Schildchen mit dem Inhalt: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr" befand. Ein Vertragsverhältnis bestand zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht. Vielmehr war die Mitnahme aus Freundschaft erfolgt, hatte also nur ein tatsächliches Verhältnis begründet. Die hochgradige Betriebsunsicherheit war dem Kläger unbekannt, während der Beklagte davon wußte. Der Kläger konnte damit rechnen, daß der Wagen soweit im Stand war, wie er es äußerlich zu sein schien, und konnte verlangen, daß der Beklagte auf ihm bekannte Mängel Rücksicht nahm. Der Beklagte tat das aber nicht und infolgedessen wurde der Kläger verletzt. Der Enthaftungsvertrag greift hier nicht durch. Nur Verletzungen infolge von Störungen, die in dem Kläger bekannten Alter des Wagens ihre Ursache hatten, fallen unter den Enthaftungsvertrag. Das Urteil mißt also auch nur den Umständen Bedeutung bei, die dem Gefälligkeitsempfänger bekannt waren.

Ein Enthaftungsvertrag aus den besonderen Umständen einer Gefälligkeitsfahrt zu entnehmen, ist also möglich. Die Maßstäbe für die haftungsausschließenden Umstände sind aber sehr streng zu fassen. Erforderlich ist immer, daß die Parteien sich eine Vorstellung von ihrem Verhalten machen. Das Bewußtsein der Parteien muß in der Nichtachtung eines von ihnen erkannten gefährlichen Umstandes bestehen. Nicht erforderlich ist, daß die Parteien die Folgen, die aus der Nichtachtung herrühren, in ihrer Tragweite würdigen. Es genügt zum Entstehen eines Enthaftungsvertrages, daß der Gefällige eine gefährliche Situation schafft und der Gefälligkeitsempfänger sich damit abfindet.

§ 18. Das Handeln auf eigene Gefahr.

Da die Feststellung der besonderen haftungsausschließenden Umstände jedoch nicht immer leicht und eindeutig ist, [169]) hat das RG. neben dem Enthaftungsvertrag noch einen andern die Haftung des Gefälligen ausschließenden Gedanken entwickelt, den des Handelns auf eigene Gefahr.

Im Gesetz ist das Handeln auf eigene Gefahr nicht erwähnt. Die Zulässigkeit einer solchen Einwilligung ist jedoch allgemein anerkannt. Sie ergibt sich aus dem Gedanken, daß ein Schutz

[168]) Höchtsr. Rechtspr. 30, Nr. 1318.
[169]) Seuff. A. 65, 50.

von Rechtsgütern vom Gesetzgeber nur insoweit beabsichtigt ist, als ein Interesse an dem Schutz besteht. Wenn daher der Inhaber eines Rechts auf diesen Schutz verzichtet, so besteht kein Grund, ihm trotzdem den Schutz gegen seinen Willen zu gewähren [170]), es sei denn, daß ein Interesse eines Dritten durch die Versagung des Rechtsschutzes gefährdet wird.

Der Hauptunterschied zum Enthaftungsvertrag besteht darin, daß dieser Haftungsausschlußgrund kein vertraglicher ist. [171]) Vielmehr stellt sich das Handeln auf eigene Gefahr als Gefahrübernahme dar. Sie ist eine Einwilligung in eine mögliche Verletzung. Die Gefahrübernahme ist nicht identisch mit der Einwilligung zu Rechtsgeschäften, da sie nicht die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, sondern die Rechtsmäßigkeit einer Handlung bewirkt. [172]) Diese Einwilligung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, [173]) die als Erfolg die Beseitigung der Rechtswidrigkeit einer Verletzung hat. Sie unterliegt daher allen Bestimmungen, denen jede andere Willenserklärung unterliegt. Auch hier ist Geschäftsfähigkeit des Erklärenden Voraussetzung für die Gültigkeit der Gefahrübernahme. Die Gefahrübernahme muß vor Eintritt des schädigenden Ereignisses erfolgen. Eine Genehmigung ist nicht möglich.

In der Regel ist zwar die Genehmigung der Einwilligung gleichgestellt. Nur der Fall der Einwilligung in eine Verletzung ist von der Genehmigung verschieden. Die Genehmigung hat den Sinn, unwirksame Rechtsgeschäfte wirksam zu machen. In diesem Fall handelt es sich aber darum, eine rechtswidrige Handlung rechtmäßig zu machen. Wenn die unerlaubte Handlung eine rein tatsächliche Handlung ist, so kommt § 184 nicht zur Anwendung, da kein Rechtsgeschäft vorliegt. Falls das Delikt aber durch ein Rechtsgeschäft verwirklicht wird, so geht das nur durch ein wirksames Rechtsgeschäft, da sonst keine Entziehung eines Rechts vorliegt. Da das Geschäft wirksam ist, kann eine Genehmigung auch nicht mehr erfolgen. Es gibt also keine Genehmigung rechtswidriger Handlungen, die die Rechtswidrigkeit rückwirkend aufheben. [174]) Eine nachträgliche Genehmigung hat nur soweit Sinn, als sie neue rechtswidrige Folgen der rechtswidrigen Handlung neutralisiert. [175])

Die Einwilligung ist an die Grenzen gebunden, die das BGB. für Rechtsgeschäfte aufstellt, insbesondere ist sie im Falle eines

---

[170]) v. Tuhr, II, 2, § 88, IV, 4.
[171]) RG. in JW. 34, 2035.
[172]) v. Tuhr, II, 2, § 88, IV, 4.
[173]) Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax., 99, 62; Flad, Recht, 19, 17.
[174]) Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. 99, 98 ff.
[175]) Flad, Recht, 19, Sp. 18.

Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtig. Als Grenzen der Zulässigkeit der Einwilligung kommen alle gesetzlichen Bestimmungen in Betracht, vor allen Dingen auch die des Strafrechts.

An sich ist die Einwilligung im Strafrecht eine andere als im Zivilrecht. Die zivilrechtliche Einwilligung ist ein Rechtsgeschäft und die strafrechtliche ein Rechtfertigungsgrund.[176]) Die Grenze ihrer Zulässigkeit ist aber in beiden Fällen dieselbe. Wenn die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht mehr in der Lage ist, die Verletzung eines Rechtsguts rechtmäßig zu machen, dürfte eine rechtsgeschäftliche Einwilligung ebenfalls nichtig sein wegen Sittenwidrigkeit. Die Verschiedenheit der Einwilligungen im Strafrecht und im Zivilrecht beruht wohl vor allen Dingen auf der Verschiedenheit des Zivilrechts und des Strafrechts überhaupt.

Die Nichtigkeit einer Einwilligung ist daher nicht anzunehmen, wenn die Verletzung sich auf ein Rechtsgut bezieht, das zur freien Verfügung des Einwilligenden steht; stehen dagegen öffentliche Interessen im Vordergrund, so ist die Einwilligung unzulässig[177]). Der Grund liegt darin, daß die Rechtsordnung die Preisgabe eines Rechts seitens des zur Verfügung über das Recht Berechtigten nicht interessiert, wenn es sich um Vorschriften handelt, die nur zum Schutz eines Privatinteresses gegeben sind.

Die Uebernahme der Gefahr ist also eine Willenserklärung, die auf den tatsächlichen Erfolg gerichtet ist, die an sich rechtswidrige Vornahme einer Handlung rechtmäßig zu machen. Als Willenserklärung kann sie auch durch konkludente Handlung geäußert werden. Aber auch hier ist wie bei dem Enthaftungsvertrag erforderlich, daß der Einwilligende sich eine Vorstellung von seinem Verhalten macht, er also durch sein Verhalten einem bestimmten Willen Ausdruck verleihen will. Eine Gefahr kann durch konkludente Handlung nur übernommen werden, wenn der Uebernehmende die erkannte Gefahr durch sein Verhalten mißachtet. Der Einwilligende muß daher die Gefahr kennen, bevor er einwilligen kann.

Aehnlich sagt auch das RG.[178]), daß der Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr versage, wenn die Gefahr durch eine schuldhafte Handlung eines Dritten herbeigeführt wird und die Gefahrerhöhung vom Willen des Bedrohten unabhängig sei. Die Erhöhung der Gefahr ist aber nur dann vom Willen des Bedrohten unabhängig, wenn er sie nicht kennt. Tritt der

---

[176]) Mezger, § 28, S. 108.
[177]) v. Hippel, § 19, II, 2, S. 243.
[178]) JW. 11, 28.

Uebernehmende eine Fahrt unter Kenntnis des gefährdenden Umstandes an, so führt er die Gefahrenlage durch sein Einsteigen herbei. Ohne Kenntnis der Gefahr ist also auch hiernach keine Einwilligung möglich.

Denselben Gedanken spricht das RG. in einer Entscheidung vom 20. Februar 1908 [179]) aus. Eine Uebernahme des Gefahrrisikos sei nur hinsichtlich der allgemein bekannten und offensichtlichen Gefahren erfolgt, nicht aber rücksichtlich einer außergewöhnlichen Gefahr, die nur dem Sachkundigen bekannt war oder die durch ein schuldhaftes Verhalten des Fahrers herbeigeführt sei. Hier sei nicht an ein stillschweigendes Uebereinkommen über die Gefahrtragung zu denken. An sich ist diese Entscheidung enger, da sie eine stillschweigende Abmachung nur für die mit dem Motorradfahren, allgemein verbundenen Gefahren anerkannt und eine solche für Verschulden überhaupt abzulehnen scheint, also nur den Ausschluß der ohnehin nicht bestehenden Gefährdungshaftung anerkennen will. Aber auch hier ist wieder der Grund für diese Ablehnung, daß der Gefälligkeitsempfänger ein Verschulden des Gefälligen nicht im voraus kennt.

§ 19. Der Umfang des Haftungsausschlusses.

Der Umfang des Haftungsausschlusses wird nicht einheitlich beurteilt.

Nach einer Ansicht [180]) erstreckt sich die Haftung des Gefälligen nur auf diligentia quam in suis. Als Begründung wird die naheliegende Vermutung angeführt, daß der Gefälligkeitsempfänger von dem Gefälligen keine besondere Rücksicht verlangen wolle, er habe vielmehr nur ein Interesse im Hinblick auf das Zustandekommen der Gefälligkeitsvereinbarung und wolle dem Gefälligen so wenig Lasten wie möglich aufbürden. Er sei deshalb im Falle einer Gefälligkeitsfahrt mit dem Verhalten des Gefälligen einverstanden, das dieser bei Alleinfahrten anzuwenden pflege.

Daß eine derartige Vereinbarung möglich ist, ist bei der Vertragsfreiheit des BGB. außer Zweifel. Fraglich ist nur, ob man eine derartige Vereinbarung aus den Umständen, unter denen sich die Vereinbarung vollzog, entnehmen kann. Das RG. lehnt es mit Recht ab. In einer Entscheidung vom 24. Januar 1910 [181]) führt es aus, daß die Haftung für diligentia quam in suis nur für ganz bestimmte, im Gesetz exklusiv aufgezählte Fälle gegeben ist, und eine Analogie auf andere Vertragsarten

---

[179]) Recht, 08, Nr. 1183; 21, Nr. 1606.
[180]) Zimmermann, JW., 28, 1717; Schmidt, RdK. 28, 388.

daher nicht ohne weiteres möglich ist, es sei denn, daß eine ausdrückliche Vereinbarung vorliege. Aus den Umständen ist sie jedenfalls nicht zu entnehmen. Es ist eher möglich, daß der Leistungsempfänger nur mit Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt einverstanden ist.

Wie weit jedoch eine Begrenzung der Haftung erreicht wird, ist streitig. Die Rechtsprechung ist hier nicht einheitlich. Eine feste Grenze wird sich infolge der verschieden gelagerten Fälle nicht leicht feststellen lassen.

Wenn man die Existenz des Enthaftungvertrages aus den Umständen entnimmt, muß man auch seinen Inhalt aus den Umständen herauslesen. Die Umstände werden aber keine einheitliche Grenzziehung zulassen, sondern von Fall zu Fall eine neue Prüfung erfordern.

Denkbar wäre, es zu sagen, daß derjenige, der eine Gefahrenlage erkennt, und nicht abzuwenden versucht, im Falle einer Verletzung überhaupt keine Ansprüche mehr geltend machen kann außer denjenigen aus vorsätzlicher Verletzung.

Daß RG.[182]) hat in einem Falle infolge der Sachlage jede Haftung des Gefälligen für Fahrlässigkeitsschäden abgelehnt. Der Fahrer eines Autos hatte auf einer Fahrt verschiedentlich nicht unerhebliche Mengen Wein getrunken, ohne daß der Mitfahrende etwas dagegen unternommen hatte. Durch einen Unfall war dann der Mitfahrende getötet worden.

Im allgemeinen wird aber die Haftung für grobe Fahrlässigkeit bestehen bleiben und nur ganz außergewöhnliche Umstände können die Haftung stillschweigend auf Vorsatz beschränken; die meisten Entscheidungen lassen auch nur einen Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit eintreten.

Eine Beschränkung des Haftungsausschlusses durch Vertrag oder Uebernahme auf leichte Fahrlässigkeit wird dem Parteiwillen entnommen, der in den Umständen, unter denen die Vereinbarung zustande kam, zu Tage trat.

So hat das KG. in einer Entscheidung vom 20. Dezember 1930[183]) die Gefahrübernahme für leicht fahrlässige Verletzungen angenommen, weil die späterhin Verletzte bei Antritt einer Motorradfahrt wußte, daß eine hohe Geschwindigkeit gefahren würde und sich trotzdem dazu bereit gefunden hat.

Bei Unklarheiten über die Reichweite des Haftungsausschlusses wird man eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit ablehnen müssen; denn es ist sehr zweifelhaft, ob der Gefällig-

[181]) JW. 10, 234.
[182]) RG. 128, 229; vgl. OLG. Hamburg, zit. bei Koch, JW. 31, 3302.
[183]) JW. 31, 891; ebenso OLG. Köln in JW. 31, 1976.

keitsempfänger jeden Leichtsinn des Gefälligen für die Erlaubnis der Mitfahrt in Kauf nehmen will.

Eine Beschränkung der Haftung aus Treu und Glauben zu entnehmen, ist nicht möglich.[184]); denn die die Parteierklärungen ausdrückenden Umstände bestimmen Existenz und Inhalt des Haftungsausschlusses, und man kann nicht das Vorliegen einer Enthaftung den Umständen entnehmen und für den Inhalt dann Treu und Glauben maßgebend sein lassen.

Der Ausschluß der Haftung besagt, daß der Gefälligkeitsempfänger Ansprüche aus fahrlässiger Verletzung gegen den Gefälligen nicht mehr gelten machen kann. Fraglich ist es aber, ob der Haftungsausschluß, der mit den Halter des Fahrzeugs vereinbart war, auch zu Gunsten des Führers wirkt.[185])

Das RG.[186]) hat diese Erstreckung der Haftung abgelehnt, mit der Begründung, daß bei einer Gefälligkeitsfahrt, um die es sich in diesem Falle handelte, eine Enthaftung nur zu Gunsten des gefälligen Fahrzeughalters eingetreten sei. Der Führer des Wagens habe keine Gefälligkeit erwiesen und könne sich daher nicht auf den Ausschluß der Haftung zwischen dem Halter und dem Mitfahrenden berufen.

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht zu billigen; denn es beachtet nicht, daß die wirtschaftliche Lage des Führers eines Fahrzeugs in der Regel schlechter sein wird als die des Halters und daß der Haftungsausschluß gegenüber dem kapitalkräftigeren Halter es nahe legt, erst recht die Haftung gegenüber dem mittellosen Führer auszuschließen, ein Gesichtspunkt, der das OLG. München in seiner Entscheidung vom 18. Juli 1930[187]) dazu führt, eine Haftung des Führers des Fahrzeugs auch abzulehnen.

Der Entscheidung des OLG. München ist wohl der Vorzug zu geben; denn m. E. besagt der Inhalt der Enthaftungserklärung nicht, daß der Gefälligkeitsempfänger gegenüber dem Gefälligen keine Ansprüche geltend machen wolle, sondern allgemein, daß Ansprüche aus fahrlässigem Verhalten bei dieser Fahrt überhaupt nicht ausgeübt werden sollen. Der Gefälligkeitsempfänger will auf alle Ansprüche, die aus einer Verletzung infolge der Leistung herrühren, verzichten, und der Gefällige will keine Unannehmlichkeiten von seiner Gefälligkeit haben, gleichgültig, ob sie ihn direkt treffen oder nur mittelbar durch seinen Angestellten.

Regelmäßig wird auch der Führer des Fahrzeugs sich dem

---

[184]) Martel, a. a. O. S. 68.
[185]) vgl. meine Ausführungen im RdK. 34, 349.
[186]) RdK. 30, 189.
[187]) RdK. 32, S. 60.

Halter gegenüber in abhängiger Stellung befinden als Schofför oder Knecht und daher nicht in der Lage sein, bei Ablehnung des Haftungsausschlusses durch den Gefälligkeitsempfänger ohne Gefährdung seiner Stellung gegen die Anweisung des Gefälligen die Leistung nicht zu erbringen, sodaß er also zwangsläufig in eine Haftung hineingetrieben würde, die er garnicht übernehmen will.

Nicht zu vergleichen mit diesem Fall ist der, daß der Gefällige versichert ist; denn hier ist der Gefällige nicht von der Haftung befreit. Er kann nur den Schaden auf einen Dritten abwälzen, dessen vertragliche Beziehungen zu dem Gefälligen gerade in der Uebernahme solcher Ersatzpflichten besteht. Der Gefällige hat zunächst ein Interesse daran, daß er selbst enthaftet wird. Darüber hinaus ist es aber für ihn auch bedeutsam, daß alle Personen, die zu seinem Hausstand gehören, nicht Ersatzansprüchen für von ihm erwiesene Gefälligkeiten ausgesetzt sind.

Um eine Enthaftung des Fahrzeugführers zu erreichen, hat man [188]) vorgeschlagen, einen Vertrag zu Gunsten Dritter zu konstruieren. Der Inhalt des Vertrages müßte darin bestehen, daß der Empfänger der Gefälligkeit auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Fahrzeugführer verzichtet. Die Enthaftung würde also in zwei selbständigen Akten bestehen, in dem Enthaftungsvertrag oder der Gefahrübernahme gegenüber dem Gefälligen einerseits und dem Vertrag zu Gunsten des Fahrzeughalters andererseits.

Abgesehen davon, daß die Umstände, denen die Erklärungen entnommen werden, eine so weitgehende Auslegung auch mit Hilfe von Ergänzungen des Grundgedankens schwerlich zulassen, geht diese Ansicht m. E. auch sachlich falsche Wege; denn Voraussetzung einer derartigen Erklärung ist immer, daß die Ansprüche, auf die verzichtet werden soll, auch tatsächlich bestehen, sonst wäre ein Verzicht auf sie nicht möglich.

Die Ansprüche auf Ersatzleistung bestehen aber gar nicht. Diese Ansicht geht von einem falschen Inhalt der Enthaftungserklärungen aus. Die Enthaftung durch Vertrag oder Gefahrübernahme bedeutet nicht, daß an sich bestehende Ansprüche nicht geltend gemacht werden, sondern, daß der fahrlässigen Verletzung die Rechtswidrigkeit genommen wird, die Ansprüche also infolge der Rechtmäßigkeit der Verletzung erst gar nicht zur Entstehung kommen. „Der Enthaftungsvertrag macht den Schuldner nicht haftbar. Die Handlung ist dem Schuldner erlaubt, und was erlaubt ist, ist erlaubt“.[189])

---

[188]) Arndt, JW, 29, 898.
[189]) Krückmann, JW. 32, 3689.

Eine Verletzung durch den Fahrzeugführer aber, die dem Fahrzeughalter gegenüber rechtmäßig ist, kann dem sie verursachenden Führer gegenüber nicht rechtswidrig sein. Einmal rechtmäßig, ist sie es allen Personen gegenüber. Die Enthaftung des Gefälligen bewirkt also auch einen Ausschluß der Haftung für den Fahrzeugführer.[190])

Regelmäßig kann nur derjenige Ersatz verlangen, der durch die unerlaubte Handlung verletzt ist. Mittelbar Geschädigten steht ein solcher Anspruch grundsätzlich nicht zu. Ausnahmen machen nur die §§ 844, 845. Es fragt sich, wie weit diese Ansprüche von der Enthaftung des Verletzten miterfaßt werden.

Stellt man sich auf den Standpunkt, daß die Enthaftungserklärungen nur einen Verzicht auf Geltendmachung bestehender Deliktansprüche darstellt, so würden die Ansprüche der §§ 844, 845 nicht davon erfaßt; denn sie sind selbständige Ansprüche und unterliegen nicht der Verfügung des Verletzten.[191]) Eine trotzdem erfolgende Verfügung wäre ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter und daher nichtig.

Da aber die Enthaftung bewirkt, daß die verletzende Handlung rechtmäßig ist und gar keine Ansprüche entstehen, so finden die §§ 844, 845 überhaupt keine Anwendung; denn sie setzen immer einen Ersatzpflichtigen voraus, verlangen also, daß Ansprüche des Verletzten bestanden. Wenn aber kein Ersatzpflichtiger besteht, können auch die mittelbar Geschädigten keinen Ersatz verlangen. Gegenüber dem unmittelbar Verletzten muß immer der Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt sein, damit die §§ 844, 845 zur Anwendung kommen können.[192])

§ 20. Die Bedeutung des Anschlags: „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr."

Die Feststellung der besonderen Enthaftungsumstände, deren Vorliegen erst die Annahme eines Enthaftungsvertrages ermöglicht, stößt leicht auf besondere Schwierigkeiten, weil es an einer genügenden Klarheit der Parteivereinbarungen fehlt. Es gibt jedoch einen Fall, in dem die Umstände der Vereinbarung derart gelagert sind, daß aus ihnen auf den Abschluß eines Enthaftungsvertrages geschlossen werden kann. Dieser Fall ist dann gegeben, wenn im Falle der Gefälligkeitsfahrt in dem Wagen ein Anschlag angebracht ist, der die Haftung des Gefälligen ablehnt.

Die Anbringung eines solchen Anschlags ist zulässig. Er ist als Vertragsofferte anzusehen. Wenn der Leistungsempfänger

---

[190]) So auch m. andrer Begründ. Becker, Gefälligkeitsf. S. 36.
[191]) Enecc. II, § 240, III.
[192]) RG. 55, 30; 65, 316; 69, 187.

einen solchen Vertrag nicht abschließen will, mag er auf die Mitfahrt verzichten.

Hätten jedoch sämtliche Wagen eines Ortes ein solches Schild angebracht, so läge darin die Ausnützung einer Monopolstellung, die als sittenwidrig zu bezeichnen wäre.[193]) Eine solche Vereinbarung wäre nichtig nach § 138 BGB. In allen andern Fällen ist die Anbringung eines solchen Anschlags als gültig anzusehen.

Das Schild allein ist aber nicht geeignet, die Haftung für Verschulden des Gefälligen auszuschließen. Es hat nur den Sinn, daß demjenigen, der mitfahren will, die Schließung eines Vertrages mit dem auf dem Schild bezeichneten Inhalt angetragen wird.[194]) Die Bedeutung des Schildes besteht im wesentlichen in einer Beweiserleichterung für den Gefälligen.[195]) Für den Fall, daß der Gefällige in seinem Wagen das Schild nicht angebracht hat, ist er dafür beweispflichtig, daß der Enthaftungsvertrag zustande gekommen ist; denn grundsätzlich besteht für den Gefälligen die volle Haftung aus § 823. Wenn der Gefälligkeitsempfänger ihn aus §§ 823 ff für eine eingetretene Verletzung belangt, so muß der Gefällige beweisen, daß eine Haftung für Verschulden vertraglich ausgeschlossen war.

Ein die Fahrlässigkeit umfassender Enthaftungsvertrag wird vom RG. nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen. Der verklagte Gefällige muß das Vorliegen der besonderen Umstände beweisen. Der klagende Empfänger kann den Beweis dadurch entkräften, daß er beweist, daß trotz der Umstände ein Enthaftungsvertrag nicht zustande gekommen ist.

Wenn der Gefällige in seinem Auto ein Schild anbringt, das die Gefahr auf den Mitfahrenden übertragen soll, so ändert das an seiner Haftung grundsätzlich nichts. Die Beweislast dafür, daß die Haftung nicht besteht, trifft ihn genau so, wie wenn der Anschlag sich nicht im Wagen befände. Er erreicht aber dadurch, daß die besonderen Umstände, die als Indizien für den Enthaftungsvertrag erforderlich sind, bei tatsächlich erfolgter Fahrt als vorliegend angesehen werden. Es wird dann prima facie vermutet, daß, da die auf einen Enthaftungsvertrag hindeutenden Umstände vorliegen, ein solcher Vertrag auch geschlossen ist. Der Kläger hat dann zu beweisen, daß die Umstände infolge besonderer Vorkommnisse zu einem falschen Schluß führten und ein Vertrag doch nicht zustande gekommen sei, etwa weil das Schild an einer für ihn nicht sichtbaren Stelle angebracht worden sei. Gelingt es ihm, den prima-facie-Beweis

---

193) Arndt, RdK., 30, 419; RG. 102, 396 u. in ständ. Rspr.
194) Becker, Gefälligkeitsf. S. 34.
195) So auch Arndt, RdK. 30, 418.

zu erschüttern, dann lebt die alte Beweislast des Fahrzeughalters wieder auf.

Deshalb ist es für den Fahrer ratsam, wenn auch nicht erforderlich, daß er den Fahrgast bei Antritt der Fahrt auf den Anschlag aufmerksam macht. In einem solchen Falle kann aus dem Verhalten der Mitfahrenden geschlossen werden, ob eine Enthaftung zustande gekommen ist.

Wenn der Fahrgast es ausdrücklich ablehnt, die Haftung auszuschließen, so ist natürlich kein Vertrag zustande gekommen. Aeußert er sich garnicht, sondern bleibt stillschweigend im Wagen sitzen, so ist damit noch nicht unbedingt ein Vertrag zustande gekommen. Das Verhalten des Fahrgastes spricht wohl für eine Annahme. Wenn er trotz des Hinweises auf das Schild widerspruchslos einsteigt, so gibt er damit zu erkennen, daß er sich dem vom Halter vorgeschlagenen Uebereinkommen unterwirft. Der Fahrzeughalter muß beweisen, daß der Hinweis tatsächlich erfolgt ist, und daß der Fahrgast ausdrücklich oder konkludent angenommen hat. Es ist gegen die Bedeutung des Schildes angeführt worden [196]), daß ein Enthaftungsvertrag schon deshalb nicht geschlossen sei, weil der Mitfahrende das Schild regelmäßig erst dann läse, wenn er bereits im Wagen säße, wenn also der Vertrag schon geschlossen sei.

Diese Auffassung hat ihre Berechtigung für die Fälle, in denen zwischen den Parteien ein regelrechter Beförderungsvertrag zustande kommt. Man kann ihr aber dann nicht mehr folgen, wenn es sich um eine unentgeltliche Gefälligkeitsleistung handelt, die nicht auf einem Vertrag beruht, sondern rein tatsächlicher Natur ist.

Krückmann [197]), der auch in den Gefälligkeitsleistungen durchweg obligatorische Verträge sieht, steht auch in diesem Fall der reinen Gefälligkeitsfahrt auf dem Standpunkt. Es ist aber zu sagen, daß bei einer Mitnahme aus Gefälligkeit, also bei einer reinen Tathandlung, die Vereinbarung mangels eines Verpflichtungswillens rechtlich nicht erheblich sind.

Die Anbringung des Schildchens ist die erste rechtlich erhebliche Willenserklärung, die der Gefällige abgibt. Er will auf diese Weise die bisher den allgemeinen Bestimmungen unterliegende Handlung in einem für ihn ungünstigen Punkte regeln. Das angebrachte Schild ist eine Art permanentes Vertragsangebot, das jedem von neuem gemacht wird, der sich in den Wagen setzt. Er ist dazu auch durchaus in der Lage; denn er hat sich bisher zu nichts verpflichtet und könnte daher den Gast auch jederzeit von der weiteren Mitfahrt ausschließen. Der Enthaf-

---

[196]) Krückmann, JW, 32, 3691; Proskauer, RdK. 30, 419.
[197]) Krückmann, a. a. O. S. 3688.

tungsvertrag kann also auch noch während der Fahrt geschlossen werden, sobald der Gefälligkeitsempfänger das Schild gelesen hat. Läge jedoch ein richtiger Beförderungsvertrag vor, so hätte sich der Fahrzeughalter verpflichtet, den andern unter ganz bestimmten Bedingungen an einen Ort zu befördern und wäre nicht im Stande, die Bedingungen ohne Zustimmung des Mitfahrenden zu ändern.

§ 21. Das mitwirkende Verschulden.

Ein dritter die Haftung ausschließender oder mildernder Umstand ist der des mitwirkenden Verschuldens. Erforderlich ist, daß der später Verletzte schuldhaft eine Ursache zu der Verletzung setzt.

Voraussetzung des mitwirkenden Verschuldens ist nicht die Geschäftsfähigkeit des Verletzten; es genügt, daß er deliktsfähig ist.[198]) Der Kreis der von dem mitwirkenden Verschulden erfaßten Personen ist also weiter als beim Enthaftungsvertrag und der Gefahrübernahme. Außerdem wirkt das mitwirkende Verschulden auch noch bei andern Verschuldensgraden als leichter Fahrlässigkeit, während der Haftungsausschluß und die Gefahrübernahme grundsätzlich nur bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers Anwendung finden. Nur ganz vereinzelte Fälle können auch hier die Haftung nur auf Vorsatz beschränken. Aber auch sonst decken sich die Anwendungsgebiete des mitwirkenden Verschuldens mit dem der sonstigen Enthaftungsgründe nicht. So ist es nicht erforderlich, daß der später Verletzte die Gefahr positiv kennt. Es genügt jede fahrlässige Außerachtlassung der verkehrsüblichen Sorgfalt.[199]) Es ist also nicht ein Voraussehen erforderlich, sondern nur Voraussehbarkeit.

Nicht jede Selbstgefährdung ist ein nach § 254 erhebliches Verschulden gegen sich selbst. Eine genaue Grenzziehung läßt sich nicht allgemein vornehmen. Es muß auch hier auf den einzelnen Fall abgestellt werden. So muß das Besteigen eines Pferdes nicht ohne weiteres mitwirkendes Verschulden sein, obwohl es eine Selbstgefährdung ist.

Wann im einzelnen mitwirkendes Verschulden anzunehmen ist, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden, da das Gesetz die Schadensersatzverpflichtung von den Umständen abhängig macht. Die Entscheidungen der Gerichte sind hier, da die Umstände eine maßgebende Rolle spielen, sehr kasuistisch.

So liegt nach Ansicht des RG. mitwirkendes Verschulden vor, wenn jemand eine ihm als leichtsinnigen Schützen be-

---

[198]) Staud. Bem. 2, a, ß, zu § 254.
[199]) Enecc. II, § 12, 2; RG. 100, 44.

kannte Person zu einer Treibjagd mitbringt und bei dieser Gelegenheit von ihr verletzt wird, [200]) oder der Fahrgast den Wagenführer zu möglichst schneller Fahrt aufmuntert [201]), oder der Mieter einer Automobildroschke den durch übermäßig lange Berufstätigkeit abgespannten Führer zum Befahren einer unbekannten Landstraße zur Nachtzeit auffordert. [202])

Wohl kaum zu rechtfertigen ist aber die Annahme eines Verschuldens gegen sich selbst, wenn der Mitfahrende während der Fahrt schläft, [203]) zumal das RG. es in einem andern Fall [204]) abgelehnt hat, ein mitwirkendes Verschulden darin zu sehen, daß der Verletzte gegen zu rasche Fahrt zur Nachtzeit auf der falschen Straßenseite keinen Widerspruch erhoben hat, weil er kein Recht habe, dem Wagenführer Weisungen zu geben.

Auch in einer andern Entscheidung [205]) hat das RG. die Anwendung des § 254 abgelehnt. Es handelte sich darum, daß der Verletzte mit dem Auto des Fahrers die ganze Nacht durchgefahren war und der Fahrer infolge einer plötzlichen Erschlaffung gegen einen Baum gefahren war. Der Verletzte habe den Führer des Wagens als guten Fahrer gekannt und habe annehmen können, daß dieser seine Kräfte richtig einschätzen werde, besonders weil der Verletzte kein Automobilfachmann gewesen sei. Dagegen soll wieder mitwirkendes Verschulden vorliegen, wenn der Verletzte infolge eines heftigen Anpralls des Wagens gegen den Rinnstein an einer gefährlichen Ecke verletzt wurde, wenn er die Gefährlichkeit der Ecke kannte und ohne Widerspruch die Fahrt an dieser Stelle mit beschleunigtem Tempo gebilligt hat. [206]).

Man sieht, daß sich die Rechtsprechung des RG. über das mitwirkende Verschulden nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen läßt. Auch die Formulierung, daß bei einer Fahrt regelmäßig dann mitwirkendes Verschulden vorliege, wenn das Erkennen von Umständen die Fahrt als eine nicht ungefährliche erscheinen ließe [207]), hilft nicht weiter, da sie zu unbestimmt ist.

Enthaftungsvertrag, Gefahrübernahme und mitwirkendes Verschulden können nebeneinander vorliegen. [208]) Jedoch wird es meist so sein, daß ein Enthaftungsgrund den andern zwar nicht ausschließt, aber doch verdeckt, weil er teilweise den an-

---

[200]) RG. 128, 45.
[201]) RG. in JW. 11, 28.
[202]) RG. in Recht, 13, Nr. 473.
[203]) RG in Recht, 13, Nr. 169.
[204]) RG. in Recht, 21, Nr. 1604.
[205]) RG. in JW. 15, 275.
[206]) RG. in JW. 14, 589.
[207]) RG. in JW. 10, 324; Becker, Gefälligkeitsf.
[208]) RG. in JW. 34, 346.

dern enthält, teilweise auch, weil weitergehend, die Anwendung eines andern Enthaftungsgrundes überflüssig macht.

So nimmt der Enthaftungsvertrag die Gefahrübernahme in sich auf; denn zwischen diesen beiden Enthaftungsgründen besteht in der Hauptsache nur der Unterschied, daß der eine auf Vertrag beruht, während der andere eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist.[209]) Der Enthaftungsvertrag ist im wesentlichen nichts anderes als eine in die Form eines Vertrages gekleidete Gefahrübernahme.

Weiterhin wird eine Anwendung des Selbstverschuldens überflüssig, wenn ein Haftungsausschluß durch Vertrag oder Handeln auf eigene Gefahr Anwendung findet; denn das mitwirkende Verschulden hat den Zweck, die einseitige Belastung des Schadensstifters durch Aufbürdung der Alleinschuld zu verhindern, wenn der Geschädigte den Schaden schuldhaft mitverursacht hat. Die Abwägung der beiderseitigen Schuldquoten verliert aber dann ihren Sinn, wenn der Schädiger bereits aus einem andern Grunde, Enthaftungsvertrag oder Gefahrübernahme des Geschädigten, überhaupt nicht mehr haftet.

Hinter dem einen Enthaftungsgrund kann immer noch ein anderer wirksam geworden sein, der nur deshalb nicht angewandt wird, weil er nicht mehr nötig ist. Bei der Prüfung eines zugefügten Schadens ist im Falle einer Gefälligkeitsfahrt daher zunächst zu prüfen, ob ein Enthaftungsvertrag vorliegt; sobald der gegeben ist, kann auf andere Enthaftungsgründe verzichtet werden. Liegt ein Vertrag dagegen nicht vor, so kann immer noch eine Enthaftung durch Gefahrübernahme vorliegen und erst wenn eine solche nicht anzunehmen ist, wird man in eine Prüfung des mitwirkenden Verschuldens eintreten, weil dann erst ein Abwägen des schuldhaft mitwirkenden Verursachens von Interesse wird.

Die Anwendungsgebiete von Enthaftungsvertrag und Gefahrübernahme sind dieselben. Anders ist es dagegen mit dem mitwirkenden Verschulden. Dieses kann teilweise neben den beiden andern Haftungsausschließungsgründen vorliegen, insbesondere können Gefahrübernahme und mitwirkendes Verschulden durch dieselbe Handlung verwirklicht werden, indem der Umstand, der das mitwirkende Verschulden bewirkt, gleichzeitig die durch konkludente Handlung abgegebene Willenserklärung der Gefahrübernahme darstellt. Nötig ist das aber nicht.

Die Verschiedenheit der Anwendungsgebiete der Enthaftung durch Vertrag oder Gefahrübernahme einerseits und des mitwirkenden Verschuldens andererseits beruht zum großen Teil

---

[209]) RG. in JW. 34, 2035.

auf der Verschiedenheit der Rechtsnatur der Enthaftungsgründe. Während das mitwirkende Verschulden auf dem Mitverursachen des Schadens beruht, also nur eine reine Tathandlung darstellt, sind die beiden andern Enthaftungsgründe rechtsgeschäftliche Willenserklärungen.

Daraus folgt, daß zum anrechenbaren Verschulden keine volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Auch beschränkt Geschäftsfähige können mitwirkend verursachen. Jedoch ist auch hier erforderlich, daß der beschränkt Geschäftsfähige wenigstens deliktsfähig ist. Er muß mitwirkend verschulden, d. h. er muß den Schaden voraussehen können und er muß zurechnungsfähig sein; aber selbst bei einem Unzurechnungsfähigen wird man nach Analogie zu § 829 BGB. eine Mitverursachung des Schadens anrechnen können, wenn die Voraussetzungen des § 829 vorliegen.[210])

Weiterhin wird vielfach mitwirkendes Verschulden vorliegen, wenn eine Enthaftung durch Vertrag oder Gefahrübernahme wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein wird; denn § 138 BGB. spricht nur von Rechtsgeschäften, während § 254 nur schuldhafte Mitverursachung durch eine Handlung voraussetzt.

Eine Verschiedenheit der Grenze zwischen Enthaftungsvertrag und Gefahrübernahme ergibt sich aus ihrer verschiedenen Rechtsnatur. Eine Nichtigkeit der Einwilligung in eine vorsätzliche Verletzung kann sich aus § 138 ergeben. Die Einwilligung ist dann nicht vorhanden. Die Nichtigkeit des Enthaftungsvertrages, der zum Inhalt den Erlaß der Haftung für Vorsatz hat, ist aus § 138 noch nicht zu entnehmen. Diese Nichtigkeit folgt aus der zwingenden Bestimmung des § 276, II. In § 276, II muß es sich um eine rechtswidrige Verletzung handeln. Wenn daher die Verletzung durch Einwilligung rechtmäßig geworden ist, ist § 276, II nicht mehr anwendbar. Ob aber die Verletzung rechtmäßig geworden ist, entscheidet sich nach anderen Bestimmungen, insbesondere nach § 138. Eine Einwilligung, die nach § 138 nichtig ist, läßt die Rechtswidrigkeit der Handlung bestehen, und dann verbietet sich ein vertraglicher Ausschluß des Vorsatzes auf Grund des § 276, II; denn der Enthaftungvertrag ist nur eine in vertragliche Formen gekleidete Gefahrübernahme.

---

[210]) Enecc. II, § 12, 1, a.

Lebenslauf.

Am 5. November 1911 wurde ich zu Rawitsch (Prov. Posen), geboren. Meine Eltern sind der Vizepräsident des Oberpräsidiums i. R. Dr. Terwiel und seine Ehefrau Rose, geb. Schild in Berlin.

Zunächst besuchte ich die Seminarübungsschule zu Exin (Prov. Posen) und dann die zu Wittlich. a. d. Mosel. Ostern 1921 wurde ich in die Sexta des Progymnasiums zu Wittlich aufgenommen. Infolge einer Versetzung meines Vaters nach Düsseldorf, kam ich auf das Hohenzollerngymnasium zu Düsseldorf, wo ich Ostern 1930 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte dann in Greifswald, Freiburg i. Br., München und Berlin die Rechtswissenschaften.